

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILLIAM SOARES PUGLIESE

TEORIA DOS PRECEDENTES E INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA

CURITIBA

2011

WILLIAM SOARES PUGLIESE

TEORIA DOS PRECEDENTES E INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. Tit. Luiz Guilherme Marinoni**

CURITIBA

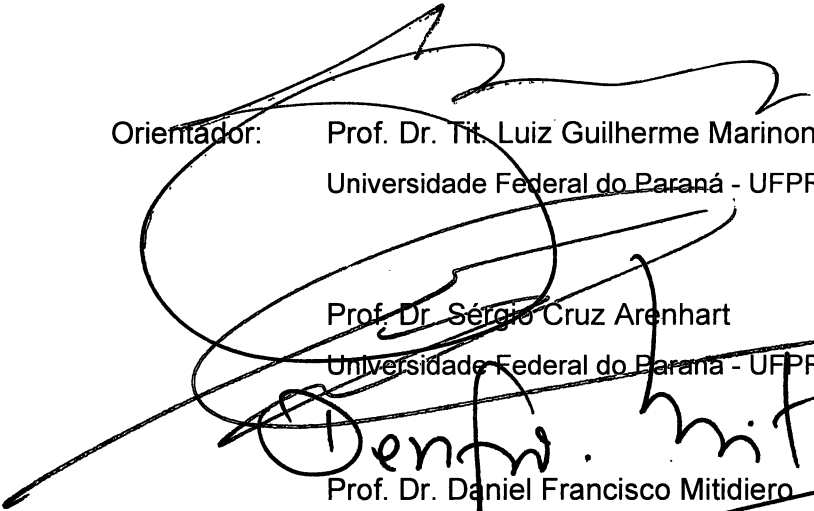
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

WILLIAM SOARES PUGLIESE

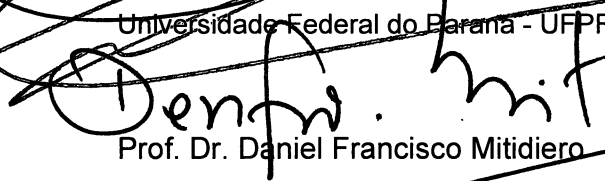
TEORIA DOS PRECEDENTES E INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Tit. Luiz Guilherme Marinoni
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Curitiba, 16 de março de 2011.

*Para minha vó, Romilda Guedes Soares,
e meu pai, Wilde de Lima Pugliese,
que estarão para sempre comigo.*

*Ela não teria lido, mas diria que está "ótimo".
Ele seria mais difícil de convencer, mas,
espero, ficaria orgulhoso.*

AGRADECIMENTOS

Ingressei na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná com dezessete anos. Naquela época, a disciplina que mais despertava meu interesse era o pebolim. Certamente, o percurso que me levou desse período à conclusão do Mestrado foi marcado por muitas pessoas, que merecem todo o meu agradecimento e que ajudam a contar um pouco desta história.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, que investiram em minha educação e tiveram grande influência na opção pelo curso de Direito. Meus irmãos também participaram deste processo, pois sempre foram o exemplo para que o irmão mais novo desse valor ao estudo. Agradeço também, de forma muito especial e carinhosa, à vó Romilda, que me ensinou que é importante aproveitar a vida e, é claro, tirar um tempo para ficar "sossegado".

Prosseguindo, são poucos os amigos de infância que ficam para a vida inteira. Conheci o Dr. Marcelo Voss Pimpão na primeira série e até hoje tenho nele a figura de melhor amigo, para as melhores e piores situações.

Ao ingressar na Faculdade de Direito tive a felicidade de conhecer Luciana Pedroso Xavier. Ela rapidamente ocupou a posição de melhor amiga. Ela é uma amiga tão boa que logo me apresentou sua irmã e colega de turma, Marília, que merece um parágrafo especial.

A amizade com a Marília Pedroso Xavier demorou um pouco mais para se estabelecer. Mas aos poucos fui descobrindo como ela era especial: inteligente, dedicada, companheira, com uma força de vontade incrível e, é claro, linda. Quando me dei conta, pensava nela todos os dias. Resultado: é minha primeira e única namorada. Graças a ela passei a me interessar pela vida acadêmica, consegui o estágio que sonhava, entendi o significado de responsabilidade. Ela é, sem dúvida, a minha maior conquista e responsável direta pelas demais. Obrigado por tudo, Marília.

Depois disso eu ganhei mais uma família. E devo agradecer à Rosa Maria pelo apoio e incentivo que me dá. Com ela como sogra, as piadas sobre o tema não fazem muito sentido. Tive também a felicidade de conhecer a Sílvia, que além de arquiteta é uma excelente companheira de viagem.

Não posso esquecer do Guilherme Brenner Lucchesi, amigo e parte da família, sempre disposto a ajudar e a resolver nossos problemas na faculdade. Devo especial gratidão pela revisão deste trabalho e pelas sugestões preciosas de quem passou um ano de intensos estudos na Universidade de Cornell, Nova Iorque.

Agradeço ao Prof. Paulo Nalin, que ministrou a primeira aula a que assisti no curso de graduação em Direito. Suas lições foram o melhor exemplo de magistério e suas provas o maior incentivo para o estudo.

Agradeço ao meu Professor Orientador, Luiz Guilherme Marinoni, pelos ensinamentos e anos de intenso aprendizado. Exemplo de jurista, sua dedicação com a pesquisa e pelo conhecimento é incomparável. Exemplo de chefe e advogado, dedicava seu tempo para ajudar seu então estagiário, pelo que sou muito grato. É o retrato da figura do Mestre. Por maior que seja a amizade, não há como deixar de chamá-lo de Professor.

Agradeço ao Professor Manoel Caetano Ferreira Filho, pelas lições iniciais de Direito Processual Civil, por permitir que eu preparasse minha primeira aula, ainda no terceiro ano de faculdade, e por toda a ajuda nos momentos em que mais precisei.

Agradeço aos Professores Eduardo de Oliveira Leite, Katya Kozicki, Celso Luiz Ludwig, Ricardo Marcelo Fonseca, Egon Bockmann Moreira e Vera Karam de Chueiri, por dividirem seu tempo e conhecimento comigo e com os demais colegas durante as aulas do curso de Mestrado.

Devo especial gratidão ao Professor Sergio Cruz Arenhart, pelas instigantes indicações de leitura e pelos ensinamentos durante os créditos de Direito Processual civil cursado.

Agradeço também aos amigos e jovens professores da Universidade Federal do Paraná, Marcelo Miguel Conrado, Rodrigo Kanayama e Roberto Del Claro.

Não poderia deixar de agradecer ao grande parceiro Maurício Dalri Timm do Valle. Mais uma vez uma dissertação nos afastou, mas o melhor de tudo é saber que ele entende o motivo da ausência.

Algumas vezes basta um olhar para que algumas pessoas nos entendam. Foi falando muito pouco que conheci o Bruno Periolo Odahara, mas em poucos minutos nos tornamos amigos.

Agradeço a todos os amigos que me acompanharam nos dois anos de mestrado. À Juliana Pondé Fonseca, pelas longas conversas "processualísticas" que sempre tomavam rumos diferentes, pelos desabafos e pela incrível viagem que fizemos. Aos meus constitucionalistas favoritos, Miguel Gualano de Godoy e José Arthur Castillo de Macedo, agradeço pela confiança e amizade. A Felipe Bley Folly, devo especial gratidão por me apresentar a obra de Paulo Freire. À Micheli Mayumi Iwasaki, que promovia encontros semanais altamente intelectualizados do grupo do Direito Achado na Praia. A Diana Tello e Dennis Almanza, a quem devo uma visita em Bogotá e Arequipa. Nas pessoas destes amigos, registro também minha lembrança a todos os colegas do curso de Pós-graduação. Certamente aprendi um pouco com cada um deles.

Por fim, mas com igual importância, agradeço, nas pessoas dos Professores José Antonio Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo e de todos os funcionários da Secretaria a ajuda prestada pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

*In my craft or sullen art
Exercised in the still night
When only the moon rages
And the lovers lie abed
With all their griefs in their arms,
I labour by singing light
Not for ambition or bread
Or the strut and trade of charms
On the ivory stages
But for the common wages
Of their most secret heart.*

*Not for the proud man apart
From the raging moon I write
On these spindrift pages
Nor for the towering dead
With their nightingales and psalms
But for the lovers, their arms
Round the griefs of the ages,
Who pay no praise or wages
Nor heed my craft or art.*

RESUMO

O presente estudo parte da constatação de que o Direito brasileiro não oferece segurança jurídica nem previsibilidade ao jurisdicionado, pois cada juiz pode decidir os casos da forma como melhor entender. Defende-se a necessidade de um sistema coeso em que as decisões sejam uniformes e o Direito seja igual para os casos iguais. Para tanto, busca-se inspiração na common Law e se encontra na teoria dos precedentes um importante instrumento para a preservação da coerência do sistema jurídico. Para examinar a regra do *stare decisis* o trabalho se divide em três capítulos. O primeiro apresenta as distinções entre as duas principais tradições jurídicas da modernidade; *common law* e *civil law*. Nesta empreitada, constata-se que a teoria dos precedentes não é parte da origem do Direito anglo-saxão. Na verdade, foi desenvolvido como um método para proporcionar igualdade às decisões. O segundo capítulo aprofunda as razões pelas quais os precedentes devem ser seguidos. Após apresentar as razões e afastar as críticas, passa-se ao terceiro capítulo, cuja preocupação inicial é a definição de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*. Apesar da relevância da discussão, observa-se que estes critérios se afastam demais das necessidades do Direito brasileiro. Por esta razão, expõe-se a teoria de Schauer, segundo a qual é possível harmonizar a interpretação legislativa com o respeito aos precedentes. Após, verifica-se a viabilidade dessa teoria por meio do exame de diversos sistemas jurídicos de *civil law* que utilizam os precedentes para decidir. Ao final, breves considerações a respeito das súmulas no direito brasileiro são feitas com base na teoria dos precedentes exposta.

Palavras-chave: Respeito aos Precedentes. Interpretação Legislativa. Materialidade das normas jurídicas.

ABSTRACT

The present study starts from the finding that Brazilian law does not provide legal certainty or predictability to courts, since each judge can decide cases the way he or she sees fit. It supports the need for a cohesive system in which decisions are uniform and the law is equal for similar cases. For this, inspiration is drawn from the common law, where an important tool to preserve the coherence of the legal system is found in the theory of precedent. To examine the rule of stare decisis the work is divided into three chapters. The first presents the distinctions between the two main legal traditions of modernity; common law and civil law. In this endeavor, it is found that the theory of precedent is not part of the origin of Anglo-Saxon law. It was actually developed as a method to provide equality to the decisions. The second chapter delves into the reasons why precedents should be followed. After presenting the reasons and deflecting criticism, we move to the third chapter, whose primary concern is the definition of ratio decidendi and obiter dictum. Despite the relevance of the discussion, it was observed that these criteria are too remote from the needs of Brazilian law. For this reason, Schauer's theory is explained, whereby it is possible to harmonize the legislative interpretation with respect to precedents. After, the feasibility of this theory is verified by examining the various legal systems of civil law using precedent to decide. Finally, brief comments on the "abridgements" in Brazilian law are made based on the theory of precedentes exposed.

Keywords: Respect to Precedents. Legislative Interpretation. Materiality of legal rules.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA <i>COMMON LAW</i> E	
<i>CIVIL LAW</i>.....	15
1.1 SISTEMAS JURÍDICOS E TRADIÇÕES JURÍDICAS	15
1.2 A <i>CIVIL LAW</i> E SUAS TRANSFORMAÇÕES.....	18
1.2.1 A formação da tradição jurídica romano-germânica	18
1.2.2 A revolução francesa	21
1.2.3 Interpretação, microssistemas e cláusulas gerais abertas.....	23
1.2.4 O controle de constitucionalidade das leis.....	25
1.3 CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA <i>COMMON LAW</i>	28
1.3.1 Origem.....	28
1.3.2 A <i>common law</i> não depende dos precedentes para funcionar	30
1.3.3 Características históricas da <i>common law</i>	32
1.3.4 Funções do Poder Judiciário da <i>common law</i>	33
1.3.5 Princípios que pautam o julgamento das cortes	35
1.3.5.1 Objetividade.....	35
1.3.5.2 Suporte	36
1.3.5.3 Replicabilidade	39
1.3.5.4 Responsividade	40
1.3.6 Congruência social e consistência sistêmica	41
1.3.7 O ideal de estabilidade	43
1.4 O PRECEDENTE COMO UMA FERRAMENTA DAS DUAS TRADIÇÕES....	45
CAPÍTULO 2 - RAZÕES PARA SEGUIR PRECEDENTES	48
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	48
2.2 A TESE DA HIERARQUIA.....	50
2.3 JUSTIFICATIVAS FORMALISTAS	53
2.3.1 Imposição legal.....	53
2.3.2 Imposição constitucional.....	54
2.4 JUSTIFICATIVAS CONSEQUENCIALISTAS	58
2.4.1 Economia processual.....	58
2.4.2 Duração razoável do processo	59

2.4.3	Maior legitimidade do Poder Judiciário	59
2.4.4	A importância da instrução	61
2.4.5	Uniformidade de interpretação e aplicação do Direito	63
2.4.5.1	Previsibilidade	64
2.4.5.2	Orientação da Administração Pública.....	65
2.4.5.3	Igualdade de tratamento jurídico	66
2.4.6	Desestímulo à litigância e favorecimento de acordos.....	68
2.4.7	Responsabilidade do juiz ao decidir casos novos.....	69
2.5	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À TEORIA DOS PRECEDENTES.....	71
2.5.1	Independência do magistrado.....	72
2.5.2	Desobediência judicial para estimular a reforma no Direito	73
2.5.3	Engessamento do sistema.....	76
2.6	CONCLUSÕES PARCIAIS	78
CAPÍTULO 3 - INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA A PARTIR DE		
	PRECEDENTES	80
3.1	<i>RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM</i>	80
3.2	O PRECEDENTE COMO PARÂMETRO DE ORIENTAÇÃO À INTERPRETAÇÃO NORMATIVA	86
3.3	PRECEDENTES NA <i>CIVIL LAW</i>	89
3.4	<i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> EM HARMONIA: O ESTADO DA LOUISIANA.....	94
3.5	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO	97
CONCLUSÕES		99
REFERÊNCIAS.....		101

INTRODUÇÃO

A insegurança jurídica e a absoluta imprevisibilidade das decisões judiciais, até mesmo no mais importante tribunal brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, têm instigado alguns juristas¹ a refletir a respeito da necessidade de um sistema legal coeso, que possibilite ao jurisdicionado, ao menos, programar suas condutas de acordo com o direito.

Não é exagero dizer que a lei, por si só, tem sido incapaz de orientar as condutas da população, já que para alguns magistrados ela pode ser considerada inconstitucional, para outro,s válida e para um terceiro grupo nem mesmo ser aplicável a determinado caso concreto.

Aliás, a noção de caso concreto parece ter iludido os magistrados à ideia de que qualquer caso pode ser decidido de qualquer forma. Esta noção, bastante equivocada, viola o Estado de Direito que se diz Democrático, pois despreza o valor fundamental da igualdade.²

A fim de propiciar maior segurança ao jurisdicionado é preciso reconhecer um fato bastante simples: o direito deve ser o mesmo para todos, salvo em casos especiais, que na prática se revelam como casos diferentes.³ Nos cursos de Direito ligados ao sistema da *common law* esta noção é transmitida já nas primeiras aulas.⁴

¹ V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004; SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000. Também merece destaque a recente tradução para o português das obras do Professor sueco Neil MacCormick: **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

² A igualdade é tida para muitos autores como um dos valores mais importantes do Estado de Direito. (V. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986; **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985; **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977).

³ Os casos diferenciados, ao contrário do que se pode imaginar pela aplicação da teoria dos precedentes, podem (e devem) ser tratados de forma diferente. Para tanto, existe a técnica do *distinguishing*.

⁴ Apenas como exemplo, vale destacar o sumário da obra de introdução ao Direito de Frederick Schauer. Após uma breve introdução, há um primeiro capítulo que trata de regras gerais e de regras jurídicas. Logo em seguida, ou seja, no terceiro capítulo, o autor se dedica à prática e aos problemas dos precedentes. (V. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009).

O jurisdicionado precisa ter segurança de que o Estado se comportará de acordo com o direito e de que os órgãos que o aplicam o farão de uma maneira uniforme. É essa segurança jurídica que vai permitir ao cidadão que defina seu comportamento e as suas condutas, com a certeza do que é correto e do que é ilegal.⁵

Mas para que o cidadão possa, de fato, saber qual comportamento esperar do Estado e de seus pares, bem como programar as suas condutas, deve haver previsibilidade das consequências jurídicas dos atos praticados. Ou melhor, deve haver univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas.⁶

Ao lado de todo o exposto, tem-se uma questão econômica. A previsibilidade das decisões reduz os custos do Poder Judiciário. Quanto maior o número de regras legais com aplicação certa, menor será o número de indivíduos que irão transgredilas, o que diminuirá a quantidade de processos em tramitação. Até mesmo quando as regras são transgredidas, é possível esperar o resultado certo de um litígio que, justamente por isso, terminará mais rapidamente ou, o que é ainda mais provável, as questões serão resolvidas por acordo.⁷

Curiosamente, a lei, por si só, é incapaz de garantir a tão desejada previsibilidade. Ou melhor, a lei como é entendida hoje no *civil law*, sujeita a controle de constitucionalidade e a interpretação pelos juízes,⁸ tornou-se um obstáculo para a segurança jurídica. Vale dizer que "o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito"⁹.

⁵ "[o] primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.122-123).

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.123.

⁷ "*Finally, predictability reduces the costs of the entire adjudicatory system. In many contexts, the more predictable legal norms are, the less likely that individuals will transgress (or appear to transgress) them, making resort to civil or criminal proceedings less frequent. And even when norms are transgressed, the more predictable they are the more likely that such proceedings will be terminated quickly or even avoided altogether by voluntary settlement.*" (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? **Stanford Law Review**, Stanford, v.46, n.4, p.852, abr. 1994).

⁸ Não é objeto dessa dissertação analisar a alteração da função jurisdicional no Brasil e nos demais países de *civil law*. Para tanto, v. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.127.

O problema da incerteza macula a atuação dos tribunais superiores no Brasil. Tornou-se comum encontrar decisões em sentidos diametralmente opostos proferidas no mesmo dia por uma mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça. Pior, tais decisões são tomadas sem haver qualquer preocupação em justificar os posicionamentos conflitantes. Vê-se, com isso, que inexiste nos tribunais a preocupação com a uniformidade e com a segurança.

Essa realidade demonstra não só a incerteza como também a instabilidade do sistema jurídico. De nada adianta ter ampla promulgação de leis se os entendimentos a respeito delas são os mais variados. A propagação legislativa acaba por ter o efeito contrário do que espera o legislador, que é conferir segurança aos cidadãos. As interpretações legislativas são tantas que sequer é possível dizer se a lei é ou não constitucional, muito menos se será aplicada ao caso.

A situação é, para dizer o mínimo, caótica. Juízes e tribunais devem reconhecer que fazem parte de um único poder que aplica as leis e tutela os direitos. Se não houver unidade há evidente desrespeito à igualdade e uma inevitável perda de respeito pelo órgão estatal. Vale dizer que "não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem"¹⁰.

Em síntese, o que se defende é a adoção, pelo Poder Judiciário brasileiro, da doutrina do *stare decisis*, que pode muito bem ser representada pela noção de tratar os casos iguais de forma igual.¹¹ Essa medida representará grande contribuição na busca por todos os valores até aqui suscitados, como a segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e, talvez o mais importante, igualdade.

Para melhor organizar a trajetória da análise proposta, o presente trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro deles procura apresentar as distinções entre as duas principais tradições jurídicas da modernidade; *common law* e *civil law*. A respeito da *common law*, além de sua origem e de suas características particulares, serão analisados os princípios que regem o julgamento dos casos nesta tradição e os ideais que pautam a atuação dos magistrados. O principal objetivo do primeiro capítulo, porém, é demonstrar que o respeito aos precedentes não é, nem nunca foi, uma

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.131.

¹¹ A expressão original em inglês é *treat like cases alike*.

característica particular da *common law*. Na verdade, o respeito aos precedentes surgiu pela necessidade do Poder Judiciário, e por força dos próprios juízes essa regra continua sendo aplicada.

Já o segundo capítulo intenta aprofundar as razões pelas quais deve-se seguir precedentes. Para tanto, examinam-se as obras de autores norte-americanos e ingleses por um motivo bastante claro: as críticas que são feitas aos precedentes no Brasil já foram confrontadas pela *common law* e nenhuma delas foi suficiente para fazer com que os tribunais abandonassem a regra do *stare decisis*. As obras que analisam essas críticas, portanto, podem contribuir para a discussão e demonstrar as vantagens de um sistema que segue precedentes.

Apesar de as razões para seguir precedentes em muito superarem as críticas, há um grave problema que deve ser examinado. A teoria dos precedentes desenvolvida para a *common law* é insuficiente para ser utilizada na *civil law*. Afinal, o objetivo da tradição romano-germânica é aplicar a lei ao caso, enquanto o direito anglo-saxão procura dar a resposta ideal para a solução do conflito.

Constatada dessa incompatibilidade, o terceiro capítulo discorre sobre a teoria de Frederick Schauer, que harmoniza a interpretação legislativa com o respeito aos precedentes. Para ele, as decisões judiciais conferem materialidade às normas legais, ou seja, aproxima a lei dos fatos. Para demonstrar a viabilidade dessa proposta, o papel dos precedentes será examinado em sete países da *civil law*. Ver-se-á que em todos, em maior ou menor escala, os precedentes influenciam na tomada de decisões do Poder Judiciário. Além disso, toma-se o exemplo do estado da Luisiana, cuja tradição civilista é cadenciada pela *common law* dos demais estados norte-americanos.

Por fim, uma breve consideração acerca da eficiência das súmulas no Direito brasileiro será realizada. Procura-se orientar sua utilização e explicar os motivos pelos quais o formato dos enunciados adotado pelos tribunais brasileiros não é o mais adequado.

CAPÍTULO 1

AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

1.1 SISTEMAS JURÍDICOS E TRADIÇÕES JURÍDICAS

Nos primeiros anos de um curso de Direito brasileiro é bastante comum que os alunos se deparem com uma aula introdutória que compare os dois sistemas jurídicos mais difundidos na atualidade: *civil law* e *common law*. A distinção fundamental feita pela grande maioria dos professores é a primazia de uma das fontes do direito: para a *civil law*, a lei é o centro das atenções dos juristas; para a *common law*, a fonte mais importante seriam decisões judiciais pretéritas, os precedentes.

Essa prática não é exclusividade das faculdades de Direito brasileiras. Na França as obras de introdução ao Direito inglês e norte-americano fazem referência ao tratamento dos precedentes como a principal distinção entre *civil law* e *common law*. Roland Sérroussi, ao tratar das fontes do direito inglês, afirma que "os juristas ingleses (*lawyers*), contrariamente a seus homólogos romano-germânicos, dão pouca importância e se interessam pouco pela doutrina e pelos costumes"¹². Prossegue o autor, ao sustentar que "[o] direito inglês é, antes de tudo, um direito jurisprudencial, erigido, por conseguinte, sobre a jurisprudência (*decisions of the Courts*) elaborada nos tribunais de Westminster (*common law*) e pelo tribunal de chancelaria (*equity*)"¹³.

Sérroussi, ainda, apresenta posicionamento semelhante ao tratar das fontes do direito norte-americano. Para ele, trata-se de "um direito jurisprudencial que repousa num corpus de inúmeros precedentes judiciais, tirados dos princípios de *common law* e de *equity* solidamente ancorados no direito anglo-saxão"¹⁴. De fato, a grande

¹² SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006. p.28.

¹³ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**, p.28.

¹⁴ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**, p.93.

maioria da doutrina romano-germânica afirma com convicção que a maior diferença entre *civil law* e *common law* está no valor dado à jurisprudência.^{15,16}

Antes, porém, de investigar se essa abordagem está correta, é preciso uma advertência metodológica. Não se pode compreender *civil law* e *common law* como dois simples sistemas jurídicos, pois, de acordo com a lição de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, sistema jurídico é um "conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes"¹⁷.

Sendo assim, somente nos Estados Unidos depararíamos-nos com cinquenta e um sistemas distintos: um federal e outros cinquenta estaduais. Do mesmo modo, cada país europeu possui um sistema jurídico, ao que se deve acrescentar o sistema da União Europeia. A quantidade de sistemas jurídicos a serem examinados inviabilizaria o desenvolvimento de qualquer estudo.

Ocorre, porém, que esses sistemas jurídicos nacionais são classificados em famílias. Inglaterra, Nova Zelândia e o estado de Nova Iorque, por exemplo, orientam-se pela *common law*, mas nem por isso possuem as mesmas instituições legais, processos e normas.¹⁸ O mesmo pode ser dito sobre a França, a Alemanha, a Itália e o Brasil. Não se discute que todos fazem parte da *civil law*, mas seria exagerado afirmar que o Direito Civil francês é igual ao brasileiro.

Merryman e Pérez-Perdomo observam que as diferenças entre os sistemas jurídicos decorrem, em grande parte, do período histórico em que os Estados valorizavam

¹⁵ "O direito inglês, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal de Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial, não apenas por suas origens remotas. Tendo sido menor na Inglaterra do que no continente a influência das universidades e da doutrina, e nunca tendo sido efetuada pelo legislador através da técnica de codificação uma reforma geral, o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários. Ele é, de forma típica, um direito jurisprudencial (*case law*), e é pelo estudo da jurisprudência que convém começar o estudo de suas fontes." (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.415).

¹⁶ "O direito dos Estados Unidos é, assim como o direito inglês, um direito essencialmente jurisprudencial." (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p.477).

¹⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p.21.

¹⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law...**, p.21.

a soberania e o nacionalismo.¹⁹ No entanto, a possibilidade de reuni-los em famílias indica, sem dúvida, que eles possuem algumas características em comum. São elas que permitem a separação entre *civil law* e *common law*.

Esse conjunto de elementos que compõem a comunhão única e que autorizam agrupar os sistemas jurídicos de diversos países pode ser denominado "tradição jurídica". Não se trata de "um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes", como afirmam Merryman e Pérez-Perdomo, "[u]ma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política"²⁰. A tradição refere-se à operação do sistema legal e à forma como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado e ensinado.

Tendo essas observações em vista, as expressões *civil law* e *common law* serão, ao longo deste trabalho, tratadas como tradições, e por isso referidas no feminino.

As tradições da *civil law* e *common law* não são as únicas existentes²¹, mas sem dúvida ocupam posição dominante, já que foram exportadas para todos os continentes e são utilizadas por países com influência política e econômica.

Tamanha é a influência de países como os Estados Unidos, França e Alemanha, que a aproximação e a comunicação entre as duas tradições jurídicas não deveriam ser vista como um fenômeno indesejado nem impossível. Todas as esferas de conhecimento humano têm se desenvolvido rapidamente em função da possibilidade de diálogo entre os países e, naturalmente, seria impossível deixar o Direito à margem deste processo.

Como se observará a seguir, a tradição da *civil law* vem passando por alterações significativas em sua estrutura, embora isso não represente, de forma alguma, o anúncio de sua extinção. Pelo contrário, as alterações apontam para um fortalecimento ainda maior desta tradição.

¹⁹ "As diferenças existentes nos sistemas jurídicos refletem o fato de que durante séculos o mundo foi dividido em estados individualizados, sob condições intelectuais que valorizavam a importância da soberania, o que levou a uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais." (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law...**, p.22).

²⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law...**, p.23.

²¹ Tem-se notícia de concepções de direito muçulmano, indiano, oriental e africano. (V. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, p.511 e segs.).

1.2 A CIVIL LAW E SUAS TRANSFORMAÇÕES

Antes de abordar o tema deste item, é essencial observar que este trabalho tem como objetivo uma contribuição ao direito brasileiro. Seria absolutamente desnecessária uma pesquisa que simplesmente compilasse as lições de direito norte-americano²² e inglês para estudantes brasileiros sem qualquer sugestão de aplicação prática.

O que se pretende, aqui, é demonstrar as alterações pelas quais a *civil law* tem passado e, a partir da experiência anglo-saxônica, apresentar uma teoria dos precedentes como sugestão de aprimoramento para a família romano-germânica, mais especificamente para o Brasil.

Para tanto, é preciso antes traçar uma síntese do funcionamento da tradição romano-germânica. Não há, aqui, o intuito de esgotar o tema. A intenção é destacar elementos típicos da *civil law* para em seguida identificar as modificações que vêm sendo produzidas. Com efeito, justificam-se algumas citações precisas de Merryman que, como observador externo, apontou algumas mudanças que os romanistas têm dificuldade de reconhecer.

1.2.1 A formação da tradição jurídica romano-germânica

Os primeiros pilares da *civil law* foram fixados pelo Direito Romano. Mais importante que o *ius gentium* e *ius commune*, porém, foi a compilação levada a efeito por Justiniano no século VI, denominado *Corpus Juris Civilis*. Esse documento foi elaborado em um período no qual o Direito Romano clássico já havia sofrido uma série de alterações e se tornado decadente. Justiniano, então, empreendeu o resgate do sistema antigo a fim de lhe conferir novamente a grandiosidade por que era conhecido.

²² Essa tarefa, aliás, já foi em grande parte realizada no direito norte-americano. Para uma análise aprofundada do direito ramificado na *common law*, V. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little, Brown, 1881. Uma empreitada mais recente e com menor profundidade também pode ser consultada: FEINMAN, Jay M. **Law 101**. 2.ed. New York: Oxford University Press, 2006.

Além disso, Justiniano procurava resolver uma série de conflitos e dúvidas decorrentes das inúmeras interpretações e pontos de vista a respeito do Direito da época, produzido pelos jurisconsultos.

Com esses dois propósitos, surgiu o *Corpus Juris Civilis*, organizado em cinco capítulos²³: direito das pessoas, direito de família, sucessões, propriedade e obrigações; este último compreendia regras sobre negócios jurídicos e responsabilidade civil. Não é por acaso que esta divisão permanece até hoje nos Códigos de Direito Civil. Tamanha é a influência do *Corpus* que a denominação *civil law* decorre justamente da influência civilística nos sistemas jurídicos romano-germânicos.

Mais importante do que a própria compilação foi a proibição de Justiniano de que se fizesse qualquer referência ao trabalho dos jurisconsultos. Foi igualmente proibida a elaboração de comentários a respeito do *Corpus*. Em outras palavras, Justiniano pretendia que a sua compilação fosse suficiente para resolver qualquer problema jurídico. Os comentários foram abolidos e a interpretação do texto foi dispensada. A *civil law* nascia em torno da interpretação de uma compilação de regras jurídicas, aliada a um de seus maiores dogmas: o de que o juiz somente aplica a lei, sem interpretá-la.

É interessante notar que a vedação imposta por Justiniano quanto à elaboração de novos comentários não foi absolutamente efetiva, pois mesmo enquanto o imperador viveu, alguns juristas publicaram comentários a respeito da compilação.

A queda do império romano no ocidente provocou um afastamento europeu da compilação de Justiniano. Os germanos, que conquistaram a península italiana e a maior parte dos territórios europeus, tinham seus próprios costumes, que acabaram mesclando às disposições do *Corpus Juris Civilis*. Vale lembrar, ainda, que o medievo não foi marcado por grandes avanços tecnológicos, pelo que o direito romano-germânico pouco se desenvolveu.²⁴

²³ O *Corpus Juris Civilis* também possuía disposições acerca do poder do imperador, da organização do império e de outras matérias de "direito público". No entanto, receberam pouca atenção comparado aos cinco principais capítulos da compilação.

²⁴ A observação feita não tem o condão de afirmar que o medievo não produziu direito. Pelo contrário, o direito da Idade Média era muito rico e bastante diferente do Direito Romano. É em razão disso que se afirma o pequeno desenvolvimento da tradição romano-germânica. Para o aprofundamento no direito medieval, V. GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007; FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELANDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

Foi a partir da recuperação do Mar Mediterrâneo pelos europeus que se iniciou uma retomada intelectual. O interesse pelo direito romano foi readquirido, e a centralização acadêmica desse processo se deu em Bolonha, na Itália, ao final do século XI.

Tendo o direito como um de seus principais objetos de estudo, a primeira universidade europeia não pregava o estudo do direito romano bárbaro, nem mesmo as normas costumeiras ou as promulgadas pelas cidades locais, muito menos o direito dos comerciantes. Estudar Direito em Bolonha era estudar o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.²⁵

Como se sabe, em torno do *Corpus* formaram-se inúmeras escolas de pensamento que procuravam explicar as compilações do Imperador. Esse fato é, no mínimo, curioso, pois ao se admitir a discussão e a interpretação das normas, a regra da não elaboração de comentários acerca do diploma era violada.

De qualquer modo, fato é que dessas escolas uma delas se tornou proeminente: os "glosadores", com vasta produção literária e estilo didático tiveram ampla difusão entre os estudantes.

Os estudantes bolonheses retornaram para seus respectivos países e lá fundaram outras universidades. Nelas, os ensinamentos dos glosadores foram transmitidos a um número ainda maior de alunos. O resultado desse fenômeno foi o retorno do direito romano ao centro do debate jurídico europeu. Ensinar e pensar o direito significava, em primeira e última instância, examinar o direito romano e os comentários dos glosadores ao *Corpus*. Tal era a importância desses institutos que as leis então promulgadas pelos primeiros estados-nação tinham mero caráter informativo e orientador da interpretação das normas efetivamente cogentes.

²⁵ "Havia muitas razões para esta atenção especial com o *Corpus Juris Civilis* e para a desconsideração com outros corpos de direito existentes. Em primeiro lugar estava a concepção de conhecimento característica da Europa medieval, segundo a qual os europeus de então se consideravam 'anões sobre os ombros de gigantes'. A antiga sabedoria dos gigantes estava encerrada em grandes livros: a Bíblia, as obras dos pais da igreja, as obras de Aristóteles. O grande livro de direito era o *Corpus Juris Civilis*, e especialmente o *Digesto*. Seu conteúdo era o direito romano, o direito do Imério e o direito da Igreja (uma vez que a igreja vivia sob o direito romano). Como tal, este diploma continha a autoridade do papa e os poderes temporais do Imperador por trás de si. Isto o tornava em muito superior tanto em força como alcance, seja em relação a um príncipe local, às regulações de uma guilda, ou aos costumes locais." (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law...*, p.31).

Com a propagação do direito romano por toda a Europa continental a *civil law* ganhava ainda mais força. Nesse período histórico já era detentora da posição de mais importante e disseminada tradição jurídica do ocidente.²⁶ Não bastasse todo esse trajeto, o século XIX foi marcado por um episódio fundamental para a tradição romanista. Trata-se da Revolução Francesa, que será sucintamente examinada no item seguinte.

1.2.2 A revolução francesa

Outro período relevante para a construção da *civil law* foi a Revolução Francesa. Antes dela, o Judiciário francês era formado por membros da alta classe da nobreza que atuavam em favor e em conjunto da aristocracia feudal.²⁷ Os valores da igualdade, fraternidade e liberdade não pautavam a atuação das cortes, uma vez que os cargos da magistratura eram comprados e herdados.

Decorre daí que os juízes franceses anteriores à Revolução aplicavam a lei somente em benefício de sua própria classe, de modo a preservar o *status quo*. Havia, portanto, evidente parcialidade nas decisões tomadas, o que inutilizava as leis progressistas que vinham sendo aprovadas pelo legislativo.

Aquela realidade levou Montesquieu, que conhecia muito bem a situação da magistratura francesa²⁸, a desenvolver um modelo de Estado que pregava a separação

²⁶ "Com freqüência se afirma que o direito romano foi a maior contribuição de Roma à civilização ocidental, e os modos de pensar romanos perpassaram todos os sistemas jurídicos ocidentais. Neste sentido, todos os juristas ocidentais são juristas romanos. Nos países da *civil law*, entretanto, a influência do direito civil romano é muito mais disseminada, direta e concreta do que no mundo da *common law*." (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**..., p.33).

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**.

²⁸ "Lembre-se que Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o 'poder de julgar' não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partia da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *Président à mortier* no *Parlement* de Bordeaux, como o nome "Montesquieu". O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades da sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes." (V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.52-53).

dos poderes. Nesse formato, o judiciário foi rigidamente subordinado ao Parlamento, que editava leis de modo democrático, pois formado por representantes de todas as classes sociais.

Ao juiz reservava-se uma atividade cognitiva, incapaz de produzir direitos novos. Para tanto, o magistrado era limitado não só pelas leis como também pelo Poder Executivo, a quem caberia o cumprimento das decisões.

Para Montesquieu, portanto, o poder de julgar nada mais era do que o dever de aplicar o texto legal aos casos levados ao Judiciário. O juiz não criava o direito nem interpretava as leis. É por esse motivo que a figura do juiz foi retratada, à época, como a "boca da lei" e o Poder Judiciário, como um "poder nulo"²⁹.

Para que a separação de poderes funcionasse nesses moldes, o legislativo deveria editar leis capazes de regular todas as situações.³⁰ Ganhou força, assim, a figura dos Códigos, monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei.

Esse modelo de Estado teve grande influência em todos os países que seguiam a tradição jurídica romano-germânica e por conta disso impregnou-se também no Brasil a noção de que o juiz não tem poder criativo. Ocorre que a observância da

²⁹ *"After the Republican form of government had been firmly established in the Third Republic, the rule of law was increasingly conceived as the rule of the law made by Parliament (principe de légalité). This view could find some measure of support in the Declaration of the Rights of Man and had expressly confirmed its special status as the expression of the general will. This veneration of the law owed much to the political philosophy of Enlightenment which, especially in the writings of Jean-Jacques Rousseau, had attached almost divine qualities to it (culte de la loi). According to this view, it was inconcievable that the law as expression of the general will could in any way infringe the liberties of citizens. The mere generality of its will excluded any arbitrary act since the vice of arbitrariness was exclusively associated with the pursuit of individual and group interests. The rule of law was thus achieved if the will of the legislator prevailed and the administration could only act on the basis of its instructions (which implied the strict subordination of executive decrees to the parliamentary statute, another distinctive feature of French public law theory after 1989). It was therefore no surprise that under the Third Republic which rested on an explicit commitment to the tradition of the French Revolution, the idea of rule of law became identical with the concept of parliamentary sovereignty and its corollary, the principle of legality."* (GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat**: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. p.6-7. Disponível em: <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Acesso em: 15 dez. 2010).

³⁰ "Mas se somente o legislativo podia fazer as leis e apenas o judiciário podia aplicá-las (ou, um pouco mais tarde, interpretá-las e aplicá-las), a legislação tinha que ser completa, coerente e clara. Se os juízes eram chamados a decidir um caso para o qual não havia previsão legislativa, eles iriam na prática produzir o direito e em consequência violar o princípio da separação dos poderes." (MERRYMAN, , John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law...**, p.57).

prática judicial do Brasil e dos demais países da *civil law* revela que a teoria de Montesquieu não é mais compatível com os sistemas jurídicos e com os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário.

O próximo tópico tem o condão de apresentar algumas das características que inviabilizam o reconhecimento do magistrado como simples "boca da lei".

1.2.3 Interpretação, microssistemas e cláusulas gerais abertas

Como a própria história demonstrou pelo *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o ideal de completude das codificações é uma verdadeira utopia. Em primeiro lugar, porque a realidade é muito mais rica do que a mente de um grupo de pessoas pode imaginar. Por essa razão, uma série de problemas não previstos especificamente pela legislação é levada à apreciação do Judiciário com frequência.

Em razão do problema das lacunas da lei, a doutrina formulou tese abraçada pelos tribunais de que os juízes têm o poder para completar os espaços deixados pelo legislador. Mas é claro, o parâmetro de interpretação deveria ser o sistemático, buscando uma resposta coerente com o Código e as demais leis em vigor. Além disso, esboçaram-se teses que defendiam a aplicação analógica de leis semelhantes.

Ocorre, porém, que o próprio desenvolvimento de teorias que visavam suprir as lacunas legislativas já demonstra que os poderes do juiz são maiores do que o de "boca da lei". Admite-se que os magistrados têm a possibilidade de interpretar o material legislativo para decidir casos cuja resposta não é fornecida diretamente pelo Poder Legislativo.

Um segundo fator que demonstra a falibilidade das codificações é a edição posterior de reformas ou de leis especiais que gravitam em torno dos códigos. Muitas delas visam complementar o sistema, de modo que os juízes não precisem buscar a resposta na interpretação. No entanto, muitas dessas leis estabelecem regimes legais inteiramente novos e que podem decorrer de ideologias diferentes das que convergiram na aprovação dos códigos. Afinal, o Poder Legislativo é marcado por uma maior alternância de poder do que o Judiciário.

Essa espécie de leis especiais foi batizada pela doutrina de "microssistemas de direito". Alguns autores, inclusive, viram neste fenômeno o anúncio do fim do sistema

codificado³¹, o que não se confirmou. Fato é que a incessante criação de normas demonstra a insuficiência dos códigos, enquanto a permanente reconstrução e os adendos aos sistemas normativos noticiam a inviabilidade de a Lei ser vista como fonte única do Direito.

Deve-se observar, porém, que o sistema codificado continuou buscando soluções para manter-se em vigor.³² A maior delas foi a inclusão nos códigos das chamadas cláusulas gerais abertas³³, que permitem o manejo dos conceitos normativos pelo intérprete. Por meio delas os códigos deixaram de ser monumentos inertes e passaram a admitir uma carga ainda maior de interpretação e de valoração das regras pelo magistrado. Pouco se discute, por exemplo, que o magistrado não possa proteger direitos ameaçados de violação³⁴, apesar de não haver dispositivo específico para tanto no Código de Processo Civil.

Observa-se, portanto, que todas as teses elaboradas para preservar a vitalidade do sistema codificado conferiram poderes interpretativos aos juízes, mas com o cuidado de não admitir, em nenhuma hipótese, que o poder que lhes era conferido tinha caráter criativo do direito.

Há, também, uma quarta construção incorporada na tradição da *civil law* que expande ainda mais o leque de possibilidades dos juízes. Trata-se do controle de constitucionalidade das leis, a ser examinado a seguir.

³¹ V. IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4.ed. Milão: Giuffrè, 1999.

³² Não se almeja, aqui, adotar posicionamento favorável ou contrário à codificação. Como parte da tradição da *civil law*, é preciso, ao menos, apontar suas vantagens e desvantagens, no intuito de aprimorar a reflexão a seu respeito.

³³ Tome-se como exemplo, no direito material, o Art. 113 do Código Civil Brasileiro: "[o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". A este respeito, V. NALIN, Paulo R. R. **Do contrato: conceito pós-moderno** (em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional). 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006. No direito processual, os exemplos de cláusulas gerais abertas são os arts. 461 e 461-A, que tratam da tutela específica. (V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

³⁴ V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

1.2.4 O controle de constitucionalidade das leis

É bem verdade que a intenção do *Chief Justice* John Marshall, que havia sido recentemente indicado para o cargo norte-americano equivalente ao de Presidente do Supremo Tribunal Federal no Brasil, não era a de revolucionar o Direito.³⁵ Muito menos poderia ele prever que sua decisão no caso *Marbury v. Madison* teria tanta repercussão no mundo jurídico, pois seu objetivo principal era conter os problemas políticos enfrentados pelos Estados Unidos da América, que gozavam de seus primeiros anos de independência.³⁶

A despeito da intenção de John Marshall, sua decisão foi a responsável por difundir e tornar mundialmente conhecida a tese do controle de constitucionalidade.³⁷

Exportado dos Estados Unidos para inúmeros países, o controle de constitucionalidade passou a ter dois modelos clássicos: difuso e concentrado.³⁸ Em linhas gerais, a diferença entre eles se dá pelo sujeito, ou sujeitos, a quem o poder de analisar a validade da lei diante da Constituição é deferido.

³⁵ "Unfortunately, Secretary of State Marshall was unable to deliver the comission for one of the new justices of the peace for the district, a certain William Marbury, before the end of President Adam's term, and James Madison, the new secretary of state, refused to make the uncompleted delivery. Upon his refusal, Marbury brought suit for a writ of mandamus against Madison in the Supreme Court, and thus the case of Marbury v. Madison began [...]. His (John Marshal) creative act was to use the distinction between law and politics to circumscribe, however imperfectly, the extent to which the political, majoritarian style could engulf all government, as it was threatening in 1800 to do." (NELSON, William Edward. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. Lawrence: University Press of Congress, 2000. p.57-59).

³⁶ "Marbury v. Madison and Stuart v. Laird, both decided in 1803, thus created the possibility of a direct confrontation between the Federalist judiciary left over from the adams administration and the new Jeffersonian Congress". (NELSON, William Edward. **Marbury v. Madison**..., p.58).

³⁷ Existem autores que sustentam a anterioridade da teoria do controle de constitucionalidade, como Mauro Cappelletti. Para o comparatista italiano, o embrião da teoria foi formulado pelo Lord Coke, na Inglaterra. (V. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999).

³⁸ Para maior aprofundamento, V. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007; CLÈVE, Cèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

No Brasil, os dois modelos são adotados. O controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, que examinam a validade da lei em abstrato.

Por outro lado, todos os juízes do território brasileiro têm o poder de exercer o controle difuso. Assim, mesmo o magistrado de primeiro grau pode declarar norma inconstitucional e deixar de aplicá-la, dando ao caso solução diversa da prevista pela lei. Ora, esta afirmação, reiterada nas obras de Direito Constitucional, deve causar espanto àqueles que estudam a tradição da *civil law* em seus aspectos clássicos.

Pois bem, o fato de qualquer juiz ter o poder de negar vigência à lei, pelo fundamento desta ser inconstitucional, representa uma fuga do sistema tradicional em que o magistrado era obrigado a aplicar as normas sem ao menos interpretá-las. O resultado dessa abertura é o aumento exponencial de poder dos juízes brasileiros.³⁹

Daí decorre um grave problema: como a integridade do ordenamento jurídico é preservada se cada magistrado pode ter um posicionamento com relação à constitucionalidade das leis? Mais do que isso: como se trabalha em um sistema jurídico em que cada juiz pode interpretar a lei da forma como julga correta? E como se justificam as cláusulas gerais abertas, uma vez que os magistrados podem ter entendimentos distintos a respeito de sua extensão e eficácia?

A pergunta que melhor sintetiza as demais é a seguinte: como se garante a igualdade do ordenamento jurídico a todo o jurisdicionado se cada juiz pode aplicar as leis da forma que julgar mais prudente? Enfatiza-se, porém, que esta não é a primeira vez que perguntas deste teor são feitas. Mauro Cappelletti, por exemplo, alertou para os problemas que poderiam ser causados pela adoção do controle abstrato de constitucionalidade em sistemas de *civil law*, em razão da ampla liberdade dos juízes.⁴⁰

³⁹ "O fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à 'magistratura ordinária', todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.73).

⁴⁰ "No método do controle 'difuso' de constitucionalidade – no denominado método 'americano', em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega,

Mas os problemas vão muito além do exame da validade das leis. Como foi exposto, os juízes modernos da *civil law* podem interpretar as leis e preencher as cláusulas abertas de acordo com o caso concreto, cada um conforme o seu próprio entendimento. Essa situação causa evidente insegurança, pois o jurisdicionado não é capaz de prever como serão tuteladas suas relações jurídicas quando levadas ao Judiciário. Além disso, há evidente desrespeito aos preceitos da igualdade, uma vez que se admite a aplicação de regras diferentes para casos iguais. Visto sob outro viés, é possível afirmar nessa situação que as circunstâncias fáticas do caso deixam de ser o ponto central da decisão, lugar que passa a ser ocupado pelas convicções pessoais do magistrado.⁴¹

A primeira proposta deste trabalho é analisar, de forma detida, como a tradição da *common law* resolve o problema das decisões divergentes. Para tanto, no próximo item será exposta, com a mesma brevidade até aqui utilizada, as origens históricas da tradição anglo-saxônica, com a demarcação de seus elementos característicos.

Atente-se que não há, neste trabalho, um julgamento *a priori* de que a *common law* tem mais pontos positivos. Justamente por isso é que um de seus

Dinamarca, Suécia, Suíça, e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método 'difuso' de controle nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common Law*, do 'stare decisis'. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil Law*, do método 'americano' de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua ilegitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros 'contrastes de tendências' entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa, - ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens, e portanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juízes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão. A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo." (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, p.76-78).

⁴¹ O direito pátrio vem buscando soluções para contornar os problemas noticiados. Para tanto, foram aprovadas medidas como a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal. Outra medida foi a introdução, no Código de Processo Civil, do julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores. Este instituto receberá, após a exposição teórica, um capítulo especial, dedicado ao seu exame e compreensão crítica.

capítulos será dedicado à justificação da teoria dos precedentes. Além disso, tem-se ciência de que as tradições vêm dialogando há tempos, aproveitando o que cada uma tem de melhor.⁴²

1.3 CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA *COMMON LAW*

1.3.1 Origem

A tradição jurídica anglo-saxônica é muito mais recente do que a romano-germânica. A data que representa o nascimento da *common law* é o ano de 1066, em que os normandos derrotaram os defensores nativos em Hastings e conquistaram a Inglaterra.⁴³ Deu-se início o desenvolvimento da tradição jurídica anglo-saxônica, sem um código que a orientasse, o que se revelará a maior diferença entre as tradições.⁴⁴

Ao final da Idade Média a Inglaterra começou a trilhar um caminho de desenvolvimento judicial diferente dos demais países da Europa Continental. Na disputa pelo poder travada entre a Coroa, então ocupada pela linhagem dos Stuart, e o Parlamento, os tribunais não ficaram do lado da realeza.⁴⁵ Pelo contrário, as investidas reais foram barradas pelos magistrados, que impediam a ascensão do

⁴² "[o] constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme na América Latina e na Europa. O controle de constitucionalidade, por exemplo, está agora firmemente enraizado em ambas as tradições. O instituto jurídico do *condominium*, uma invenção da *civil law*, foi entusiasticamente recepcionado nos Estados Unidos, enquanto que muitos sistemas da *civil law* incorporaram um instituto típico da *common law* como o *truste*." (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**..., p.25).

⁴³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**..., p.24.

⁴⁴ A investigação completa das origens da *common law* exigiria um trabalho específico. Esta dissertação limitar-se-á a uma breve exposição de fatos essenciais, sem a pretensão de completar o desenvolvimento histórico da tradição anglo-saxônica. Para o aprofundamento no tema, V. LANGBEIN, John H.; LERNER, Renee Lettow; SMITH, Bruce P. **History of The Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions**. Illinois: Aspen Publishers, 2009; HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1985; FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3.ed. New York: Simon & Schuster, 2005; PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Ind., 2010.

⁴⁵ GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat**..., p.2.

poder além dos limites estabelecidos pela "*law of the land*"⁴⁶, ou seja, o direito aplicado de forma costumeira no território inglês.

A ideia de "*law of the land*" ganhou ainda mais força com a queda dos Stuart. Com isso, a *common law* passou a ser vista como o mais alto produto de uma série de gerações, capaz de conter até mesmo o poder da realeza autoritária.

A concepção de Direito não escrito e costumeiro tomou corpo, a ponto de que a Constituição inglesa não é escrita, mas fundada nos princípios e ideais da *common law*. Nas palavras de Rainer Grote,

a *common law*, sem perder sua qualidade de direito positivo, foi investida de dignidade peculiar, refletindo uma convicção amplamente difundida de que ela era a mais alta expressão da razão natural desenvolvida e exposta pela sabedoria coletiva de muitas gerações.⁴⁷

As mudanças no Direito, a partir de então, só poderiam ser realizadas mediante a cooperação e o consentimento dos diversos grupos de interesse representados no Parlamento. Ainda assim, o direito preexistente era capaz de negar vigência aos atos do Parlamento contrários à "*law of the land*". Para o *Chief Justice Coke*, era possível que a *common law* controlasse os atos do Parlamento e em alguns casos os julgasse absolutamente nulos.^{48,49}

Nota-se, portanto, que desde sua gênese a *common law* tinha fontes como o costume e os princípios, sem se vincular a um corpo rígido de normas. Outro fato

⁴⁶ A expressão "*law of the land*" é a precursora da atual "*rule of law*", comumente traduzida como Estado de Direito. No entanto, para preservar o sentido histórico inglês, a expressão foi utilizada sem tradução no texto.

⁴⁷ Tradução livre de: "*The common law, without at all losing its quality as positive law, was invested with a peculiar dignity, reflecting a widely shared conviction that it was the highest expression of natural reason developed and expounded by the collective wisdom of many generations.*" (GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat**..., p.2).

⁴⁸ No original: "*And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth contrroll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will contrroll it, and adjudge such Act to be void.*" (COKE, Edward. **Dr. Bonham's Case**. Court of Common Pleas, 1610. Disponível em: <http://www.constitution.org/trials/bonham/dr_bonham%27s_case.htm>. Acesso em: 15 dez. 2010).

⁴⁹ Essa decisão, proferida no ano de 1610, é uma das fontes que levaram Mauro Cappelletti a afirmar, como noticiado no item 1.2.4, que o controle de constitucionalidade não teve seu nascimento com o caso *Marbury v. Madison*.

que merece destaque é o de que não há, na origem da *common law*, qualquer referência aos precedentes.

Isso quer dizer que a vinculação dos tribunais às decisões judiciais anteriores não é um traço distintivo da tradição anglo-saxônica, mas sim um produto de sua experiência. Este tema será aprofundado no próximo item.

1.3.2 A *common law* não depende dos precedentes para funcionar

Como se sabe, a *common law* teve suas origens no medievo. O estudo desse período revela que os juízes ingleses não recorriam às decisões anteriores como fontes de direito⁵⁰. Isso não quer dizer, porém, que as decisões não eram levadas em consideração. O que acontece é que a noção de precedente de época era muito diferente da atual.

O precedente medieval não era nada mais do que os resultados dos julgamentos transcritos em um registro (*plea roll*). As razões que fundamentavam a decisão não eram anotadas, pois a discussão judicial era realizada previamente. Por isso, não se podia ter certeza do que havia sido argüido – ou sequer saber se houve algum argumento deduzido.⁵¹

Os tribunais tinham o costume de seguir os precedentes, mas também não viam maiores restrições ao divergir das decisões passadas. Assim, não havia jurista que afirmasse a vinculação de um tribunal à regra do *stare decisis*. Os precedentes produziam, na época, relativo impacto nos advogados, que os tratavam como evidências

⁵⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.32.

⁵¹ "The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgement entered on the plea roll; the reasons informing the judgement and the guiding authorities, if there were any, formed no part of the record, and, since legal discussion normally preceded the trial, one could be sure neither of what had been argued nor that there had been argument at all." (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, p.32).

do desenvolvimento do direito, mas em nenhum momento imaginava-se que as decisões teriam autoridade ou que fariam parte do direito.⁵²

Essa realidade passou a se alterar na segunda metade do século XVI, no início do período Tudor. Os juízes adotaram uma postura de determinar o direito pelas decisões anteriores e, principalmente, pelas razões que passavam a ser registradas. No entanto, o valor das decisões não era determinante para o resultado, mas meramente informativo.⁵³

Já no início do século XVII os precedentes ganhavam maior importância, mas não o suficiente para serem considerados vinculantes pelos juízes e tribunais. O período foi marcado, inclusive, pela discussão entre dois *Chief Justices*: Hale C.J. defendia o respeito ao *stare decisis*, mas não chegava a reconhecer sua submissão às decisões anteriores. Por outro lado, Vaughan C.J. afirmava que o papel do juiz era respeitar as leis, nem que para isso tivesse que desrespeitar antigos julgamentos.⁵⁴

Somente no século XVIII surgiu a moderna doutrina dos precedentes. Antes disso, as decisões judiciais da Inglaterra não tinham nenhuma força vinculante e eram utilizadas apenas como suporte para os julgamentos.

A análise do desenvolvimento da *common law* no medievo revela, sem grandes esforços, um fato que pode surpreender os juristas ligados à *civil law*: a doutrina do precedente não é necessária para a existência da tradição anglo-saxã. Pelo contrário, a *common law* desenvolveu-se por cerca de setecentos anos até reconhecer a necessidade de se respeitar os precedentes.

Diante dessa constatação, surge a dúvida de qual é o traço distintivo da tradição jurídica anglo-saxã. Este tema será analisado a seguir.

⁵² "Indeed although, in the medieval courts, precedents were sometimes treated as evidence of what the law was commonly held to be, the occasional judge or serjeant would pointedly remark that precedents must not be mistaken for law." (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, p.33).

⁵³ A comparação pode parecer exagerada, mas a utilização das decisões no século XVI pela *common law* era muito semelhante à que os tribunais brasileiros fazem hoje.

⁵⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, p.34.

1.3.3 Características históricas da *common law*

A característica mais marcante da *common law*, em sua forma pura, é a ausência de uma compilação básica de leis: a *common law* não possui um código. Os países que seguem a tradição jurídica inglesa herdaram um sistema em que as regras escritas não são tão importantes quanto a imagem e a aparência do direito.⁵⁵

Neste sistema puro, os juízes devem resolver as disputas entre particulares sem referência a regras escritas, decidindo os casos de acordo com as suas próprias noções de razoabilidade, costume e justiça.⁵⁶

No entanto, a estrutura pura da *common law* não existe. Desde o seu início, na Inglaterra, as leis escritas exerciam um papel considerável. Atualmente a legislação é uma das principais formas de controle utilizadas pelos países de tradição anglo-saxã como forma de regular os avanços industriais e muitas outras matérias.⁵⁷ Assim, a imagem de que o juiz anglo-saxônico cria direito a partir do nada dificilmente representa a estrutura jurídica dos países da tradição de *common law*.

No entanto, o fato de a produção legislativa ser bastante prolífica nesses países não significa que a importância dada à lei pela *common law* seja igual àquela conferida pela *civil law*. As regras criadas são sempre questionáveis⁵⁸ e sua aplicação é determinada, em última instância, pelos juízes. É, portanto, uma característica anglo-

⁵⁵ "The countries of the common-law World have inherited from England a legal system in which written-down rules are less important than the popular rulebook image of law has it." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.104).

⁵⁶ Esse rol não é taxativo, apenas exemplificativo.

⁵⁷ Cita-se como exemplo o *Clean Air Act Amendments*, disponível em: <<http://www.epa.gov/air/caa/caaa.txt>> (acesso em: 15 dez. 2010), e o USA PATRIOT ACT, disponível em: <<http://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html>> (acesso em: 15 dez. 2010).

⁵⁸ O termo utilizado pela doutrina para se referir à possibilidade de se questionar a validade de uma norma é *defeasibility*, que não comporta tradução específica para o português. A opção pela expressão "questionável" neste trecho foi pela melhor compreensão, ainda que limite o sentido do termo original. Destaca-se, no estudo da *defeasability*, MacCORMICK, Neil. , Neil. **Retórica e o estado de direito**.

saxã que os juízes têm o poder de modificar as regras enquanto as aplicam, o que geralmente ocorre ao se decidir um caso imprevisto pelo legislador.⁵⁹

Constatou-se, até aqui, que a *common law* não depende dos precedentes para funcionar. Ao mesmo tempo, foi demonstrado que as leis, apesar de existirem em larga escala, não vinculam a atuação do juiz de forma absoluta. Resta saber, portanto, qual é o traço distintivo da tradição da *common law*.

Para Frederick Schauer, a maior diferença entre as tradições é a preocupação dos juízes anglo-saxônicos com o caso e não, com o código. Na *civil law*, os juízes dão maior importância à lei e buscam aplicá-la a um caso concreto. Os magistrados da *common law*, ao inverso, examinam o caso e aplicam uma regra para solucioná-lo da melhor forma possível.⁶⁰ A principal disparidade, portanto, é o método utilizado para a solução de uma determinada questão. Nesse sentido, a premissa maior para um magistrado inglês é o fato.

Constatado que a *common law* tem a característica de solucionar os casos, é preciso examinar quais são as funções do Judiciário. O exame revelar-se-á bastante útil para a compreensão do desenvolvimento da própria *common law* e, por consequência, das razões pelas quais foi adotada a teoria dos precedentes.

1.3.4 Funções do Poder Judiciário da *common law*

No item anterior demonstrou-se que a principal preocupação da *common law* é a resolução de conflitos. Sob uma perspectiva diferente, pode-se afirmar que a função primordial do Judiciário na *common law* é solucionar as disputas entre particulares.⁶¹ Nesse sentido, a função das Cortes é bastante semelhante à dos juízes romano-

⁵⁹ "It is characteristic of common-law method that judges have the power to change the rules in the very act of applying them, typically in the context of a hitherto unforeseen situation in which the existing rule would produce a poor outcome." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.105).

⁶⁰ "Judges remain substantially more central legal figures in common-law countries than in their civil-law counterparts, and treating the code rather than the case as the touchstone for legal argumentation remains the pervasive feature of the civil-law consciousness." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.108).

⁶¹ Para aprofundamento acerca do Processo Civil norte-americano, V. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**: an introduction. New Haven: Yale University Press, 1993.

germânicos. Observa-se, inclusive, que na *common law* respeita-se o princípio da inércia jurisdicional⁶², uma vez que deve aguardar as questões serem levadas até a corte pelos particulares.⁶³

Além da resolução de conflitos, Melvin Eisenberg defende que os tribunais têm uma segunda função, tão relevante quanto a primeira: o enriquecimento da provisão de regras jurídicas.⁶⁴ De acordo com o autor, a sociedade tem uma imensa demanda por regras jurídicas que permitam que os particulares vivam e planejem seus atos, já que a legislação é incapaz de atingir o ideal de completude, principalmente na matéria que regula o setor privado da sociedade.

Com efeito, é socialmente desejável que os tribunais atuem no sentido de enriquecer o ordenamento jurídico.⁶⁵ No Brasil, a necessidade de regras jurídicas mais específicas aplica-se também à Administração Pública, que muitas vezes atua na contramão da legalidade ao desrespeitar posicionamentos pacíficos dos tribunais superiores, pois não há vinculação.⁶⁶

Os tribunais da *common law*, portanto, cumprem uma dupla tarefa. A primeira volta-se ao passado, resolvendo disputas entre as partes em que já houve uma patologia.

⁶² A nomenclatura utilizada, porém, não é "inércia", mas sim "passividade". Neste sentido, V. EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p.4.

⁶³ Mauro Cappelletti identifica a inércia como uma característica universal do Judiciário: "o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cujo *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional." (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p.76).

⁶⁴ "The second paramount function of the courts is the enrichment of the supply of legal rules." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.4).

⁶⁵ "Accordingly, it is socially desirable that the courts should act to enrich the supply of legal rules that govern social conduct – not by taking on lawmaking as a free-standing function, but by attaching much greater emphasis to the establishment of legal rules than would be necessary if the courts' sole function was the resolution of disputes." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.5).

⁶⁶ Somente as decisões convertidas em Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal devem ser respeitadas pela Administração Pública. Trata-se, sobretudo, de uma das poucas vantagens do instituto.

Por outro lado, a função de enriquecer o ordenamento jurídico tem objetivo prospectivo, pois possibilita que os integrantes da sociedade planejem seus atos para o futuro.⁶⁷

Essa preocupação temporal torna a atividade jurisdicional diferente daquela observada na *civil law*. Ao mesmo tempo, os cuidados a serem tomados pelo magistrado tornam-se maiores, pois ele deve solucionar uma questão particular e conciliar as tensões entre as normas jurídicas em vigor e os efeitos de sua decisão nos demais casos. É buscando harmonizar esta dicotomia que a doutrina trata de quatro princípios do julgamento.

1.3.5 Princípios que pautam o julgamento das cortes

1.3.5.1 Objetividade

O primeiro princípio que pauta a atuação do Judiciário é o da objetividade. A ideia traduzida pela objetividade é a de que os magistrados possuem limitações na forma de decidir os casos.

Essa noção se desdobra em duas. A primeira é o conceito de imparcialidade, que requer dos tribunais uma ausência de vinculação com as partes.⁶⁸ A segunda face da objetividade é o conceito de universalidade, segundo o qual as questões devem ser decididas de acordo com regras aplicáveis não só a um caso particular, mas também a todos os casos semelhantes.

⁶⁷ "The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.5).

⁶⁸ Note-se que a imparcialidade da *common law* é muito semelhante ao princípio da imparcialidade no Brasil.

Com efeito, o princípio da objetividade determina que o Judiciário julgue e fundamente suas decisões por meio da articulação e aplicação de regras que possam ser aplicadas no futuro a todas as pessoas na mesma situação dos litigantes.⁶⁹ Em grande medida, este princípio costuma ser sintetizado na expressão "*treat like cases alike*", o que se traduz em "tratar casos iguais de forma igual".

Vê-se, já no primeiro princípio, que a preocupação com a harmonia entre passado e presente é sempre levada em conta. As regras existem previamente, mas devem ser aplicadas de modo que casos semelhantes possam ser decididos nos mesmos termos.

Destaca-se, aqui, que o juiz de *common law*, ao se deparar com um caso novo, deve ter um raciocínio mais amplo do que o do juiz da *civil law*. O magistrado norte-americano, por exemplo, deve procurar resolver o caso e ter em mente que a sua decisão será fundamento para muitas outras. Isso torna a atividade judicante mais relevante e enaltece a função do juiz.

Ao mesmo tempo, esses efeitos que extrapolam a relação *inter partes* conferem-lhe maior responsabilidade, pelo que deve fundamentar de modo exaustivo suas decisões e considerar se a solução do caso concreto é razoável para a solução das demais situações que podem ser levadas ao Judiciário. Esta última preocupação é igualmente observada nos princípios seguintes.

1.3.5.2 Suporte

É insuficiente que as regras estabelecidas e aplicadas por uma corte sejam objetivas em um sentido de mera universalidade. Essas regras devem ser suportadas pelos padrões normais da sociedade e pelos padrões especiais do ordenamento jurídico. Esta é a maior diferença apontada pela doutrina entre o Judiciário e o

⁶⁹ "Accordingly, under the principle of objectivity a court should reason by articulating and applying rules that it is ready to apply in the future to all persons who are situated like the disputants." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.9).

Legislativo na tradição anglo-saxã: o legislador pode criar normas sem suporte da sociedade e do ordenamento jurídico.^{70,71}

Essa distinção entre o Judiciário e o Legislativo assume três ordens: função social, estrutura e equidade.⁷²

Quanto à função social, o Judiciário é a instituição procurada por uma pessoa para resolver um conflito em que exista um direito supostamente violado.⁷³ Esse direito funda-se, invariavelmente, no ordenamento jurídico daquela sociedade ou em seus padrões de conduta. Já o Legislativo tem como função primordial governar o futuro; e para o tempo que virá a melhor opção pode ser a modificação dos padrões existentes e das regras em vigor.

Em relação à estrutura, o Legislativo é formado democraticamente por membros com experiências e ideais distintos. O Judiciário, por sua vez, é constituído por sujeitos com formação bastante semelhante e que devem respeito a uma instituição central.⁷⁴

Os membros do Poder Legislativo respondem diretamente à população, pois seus cargos são temporários e submetem-se com frequência ao processo eleitoral.

⁷⁰ "In this respect a court differs from a legislature, which can appropriately adopt legal rules that do not have such support." (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.9).

⁷¹ Não se confunda a noção de criação de regras pelo Judiciário com a discussão entre as teorias declaratória e constitutiva do Direito. A expressão é adotada aqui com sentido mais amplo, para representar o fato de que as decisões judiciais antiga são levadas em consideração ao se decidir casos atuais. De qualquer modo, a idéia de que as normas criadas pelo Judiciário dependem do ordenamento jurídico e do suporte da sociedade pode remeter à teoria declaratória, defendida atualmente por Ronald Dworkin. Por outro lado, um dos expoentes da teoria constitutiva é Herbert Hart. (V. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007). Para aprofundamento, V. SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law**. Portland: Hart Publishing, 2000.

⁷² No original: *fairness*. (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**).

⁷³ As diferenças de função social também foram constatadas por comparatistas da *civil law*. (V. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, p.74 e segs.).

⁷⁴ Nesse sentido, Rupert Cross e J. W. Harris destacam que os juízes ingleses são recrutados do "Bar" (órgão de classe dos advogados), enquanto os juízes franceses (e a grande maioria dos países da tradição romano-germânica) são membros do serviço público. Além disso, os magistrados franceses costumam ser jovens e inexperientes ao ingressar na carreira. Essas características fazem com que o Judiciário seja considerado menos importante na França do que na Inglaterra, o que ajuda a explicar a razão pela qual os precedentes recebem maior consideração nos países da *common law*. (V. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p.13).

Os juízes respondem somente às partes e aos advogados e não costumam ser seguidos pela mídia, com exceção de poucos casos de grande repercussão.⁷⁵

Essas noções revelam-se suficientes para demonstrar, no âmbito da estrutura, que o suporte das decisões proferidas pelo Judiciário é diverso do adotado pelo Legislativo. A legitimidade do legislador é conferida, justamente, pela democracia e pelo constante acompanhamento de seus atos. O magistrado, porém, não recebe este tipo de pressão. Por isso, a legitimidade de suas decisões está fundada no respeito às regras estabelecidas e às decisões anteriores.⁷⁶

Por fim, no que toca à equidade, o Judiciário atua aplicando regras de modo retroativo. Para que uma decisão em um caso novo seja tomada, a solução é fundamentá-la com base em regras e precedentes conhecidas pelas partes na época em que negociaram. Ou seja, para inovar, o magistrado deve demonstrar respeito ao passado. Por outro lado, o legislador pode alterar o ordenamento sem esta necessidade.

Pelo exame dessas três ordens que demonstram o suporte às decisões judiciais, notam-se algumas diferenças entre o Poder Judiciário da *common law* e o brasileiro.

No Brasil, o suporte às decisões dos juízes justifica-se por uma simples constatação: a aplicação de norma prevista em lei. Retoma-se, aqui, a noção de que na *civil law* o magistrado é uma simples boca da lei.

Como observado nos itens 1.2.3 e 1.2.4, essa realidade não mais se sustenta, o que gera debates como o da legitimidade dos juízes. A verdade é que tais problemas não têm solução caso o Judiciário não procure outra forma de legitimar suas decisões além da autoridade da lei. A opção da *common law* é o respeito às decisões anteriores.

O exame desses princípios vem conduzindo o raciocínio à necessidade de respeito aos precedentes, como forma de harmonizar passado e futuro e legitimar as decisões do Judiciário. Antes de adentrar especificamente neste tema, os dois últimos princípios merecem estudo.

⁷⁵ Frederick Schauer constatou que os casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, muitas vezes tidos como fundamentais pela comunidade jurídica, recebem pouca cobertura da mídia. O autor sustenta que a melhor explicação para este fato é a de que a população em geral tem preocupações mais pontuais, além do que o tempo necessário para se julgar um caso relevante faz com que as pessoas esqueçam da causa. (V. SCHAUER, Frederick. *The Supreme Court*. **Harvard Law Review**, v.120, n.4, p.5-64, 2006).

⁷⁶ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.9-10.

1.3.5.3 Replicabilidade

Se as partes têm uma questão jurídica a ser resolvida ou se querem fazer planos respeitando a legalidade, a primeira atitude a ser tomada é consultar um advogado. Diante de uma sociedade complexa como a moderna, o Direito não é algo simples de se determinar. Além disso, não há escusa de que não se conhece a lei.⁷⁷

Diante disso, na maioria dos casos em que o Direito é relevante para as pessoas, não são os juízes que determinam as regras, mas sim os advogados e consultores jurídicos. A procura por um advogado antes de celebrar um negócio jurídico é menos gravosa do que a participação em um processo judicial, pois os custos são menores, consome-se menos tempo e dispensam-se litígios desnecessários.

Assim, o ideal é que os advogados e consultores também possam ter uma noção clara do direito para que possam aconselhar seus clientes e evitar disputas judiciais futuras. Para que isso ocorra com segurança, toda a profissão deve ter condições de argumentar e influenciar o processo de decisão judicial. Em última instância, o que deve ocorrer é que o processo judicial admita a participação das partes por meio de seus procuradores. Daí a noção de replicabilidade.⁷⁸

A replicabilidade também é utilizada como uma forma de as cortes se precaverem diante do dilema da retroatividade⁷⁹, pois ela permite que as partes estabeleçam previamente as regras que governarão a relação jurídica em um

⁷⁷ É a redação da Lei de Introdução ao Código Civil: Art. 3.º "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

⁷⁸ *"Granted that it is desirable for lawyers as well as judges to be able to determine the law, it becomes critical that lawyers should be able to replicate the process of reasoning and, therefore, that the courts utilize a process of reasoning that is replicable by lawyers."* (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.11).

⁷⁹ Uma crítica muito comum ao efeito vinculante das decisões na Inglaterra foi feita por Jeremy Bentham e repetida por inúmeros autores. Dizia o utilitarista que o processo de criação do Direito pelos juízes não era em nada mais elaborado que a forma como se fazem regras para cachorros. Ou seja, quando o animal faz algo que não deveria, o dono aguarda o momento em que ele praticou a ação indesejada para repreendê-lo. Nesse sentido, o Direito seria retroativo e imprevisível. A replicabilidade busca, em certa medida, responder a essa crítica, já que as regras aplicadas pelo Judiciário podem ser discutidas pelas partes antes do julgamento final. (V. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.30).

eventual litígio. Com isso, os juízes podem fundamentar suas decisões em regras conhecidas e previstas pelas partes e por seus procuradores na época da transação.⁸⁰

Ainda, a replicabilidade permite aos partícipes de um processo judicial que assumam uma postura ativa, apresentando provas e argumentos jurídicos relevantes. Essa participação é inviável sem que o Judiciário assumira uma postura uniforme em relação ao tratamento dos casos. Deve haver um mínimo de segurança para se prever o que os magistrados considerarão como prova substancial ao tomar uma decisão. É o caso, por exemplo, de saber se a condição econômica da vítima é relevante para se fixar indenização por dano moral.

Como se observa, a replicabilidade traduz alguns dos ideais do princípio do contraditório e do princípio dispositivo. Ele incentiva a participação das partes no processo judicial e prestigia a atividade do advogado, tanto preventiva quando contenciosa. No entanto, a replicabilidade não assegura a previsibilidade absoluta do direito, pois ela, de maneira isolada, não informa como se deve operar a valoração dos fatos e argumentos pelos juízes.⁸¹

1.3.5.4 Responsividade

Em certa medida, a responsividade complementa os demais princípios expostos.⁸²

Essa noção decorre da constatação de que o Judiciário não costuma divulgar as suas razões para toda a sociedade. As sentenças são publicadas, mas não recebem a atenção da comunidade, salvo em casos de grande repercussão. Sendo

⁸⁰ *"Through the use of a replicable process of reasoning, the courts can resolve a dispute on the basis of a proposition whose official recognition as a legal rule may have been predictable by the profession at the time of the transaction, even though the proposition had not yet received such recognition at that time."* (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.11).

⁸¹ *"The principle of replicability does not itself determine how much weight to give to these sometimes clashing values in any given area."* (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.12).

⁸² A responsividade é um dos mais fundamentais conceitos para o Direito na *common law*. O que se apresenta aqui é uma breve síntese de tudo que o conceito representa. Para maior aprofundamento sobre a prática da responsividade, V. HABERMAS, Jürgen. **Frank Michelman and 'Democracy vs. Constitutionalism'**, 1999, especialmente o item 1: The Model of the Responsive Judge.

assim, há somente um grupo social que estabelece a ponte entre os tribunais e a sociedade: os advogados.⁸³

É perante os advogados que os magistrados devem ser responsivos. Ou seja, as decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes, seja para acolher um argumento e mudar de opinião, seja para demonstrar a razão pelas quais um fundamento não foi acolhido. Dessa forma, este princípio cumpre uma dupla função: serve como um mecanismo de retorno aos advogados (*feedback*) e aumenta a legitimidade das decisões.⁸⁴

Por fim, a fundamentação permite que os advogados estudem e discutam a decisão, concluindo por aceitá-la e orientar seus clientes com maior segurança no futuro ou optando por recorrer da decisão.⁸⁵

A análise desses quatro princípios revela duas preocupações surgidas na *common law* ao longo de seu desenvolvimento: a busca pela coerência do ordenamento jurídico e a consistência na aplicação das regras jurídicas. Estes dois ideais serão expostos a seguir.

1.3.6 Congruência social e consistência sistêmica

Os ideais de congruência social e consistência sistêmica formam, para Melvin Eisenberg, um modelo de dupla coerência.⁸⁶ A expressão "coerência" pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro é o de "integração de elementos sociais e culturais baseados em um padrão consistente de valores e na congruência

⁸³ A expressão mais comumente utilizada pelos autores norte-americanos e ingleses é "*legal profession*", que representa toda a ordem de profissionais ligados ao Direito, inclusive os juristas.

⁸⁴ O problema da legitimidade das decisões do Judiciário é um dos óbices à admissibilidade da teoria de que os juízes contribuem para a criação do direito. Veja-se, como exemplo, "uma limitação ainda maior da criatividade judiciária, a constituir provavelmente a mais forte objeção contra tal criatividade, concerne ao seu alegado caráter não-majoritário e portanto antidemocrático, especialmente, mas não apenas, quando a criatividade se exerce no âmbito do controle judiciário das leis." (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p.91).

⁸⁵ "*To put the matter sharply, while in form judicial opinions are published to the parties, who must accept them, in substance opinions are published to the profession, which may attempt to remold or reject them.*" (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.13).

⁸⁶ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.44.

de princípios ideológicos"⁸⁷. O segundo sentido é o de uma "conexão ou interrelação sistêmica ou metódica quando governada por princípios lógicos"⁸⁸. O ideal de dupla coerência leva em consideração esses dois sentidos.

O primeiro desdobramento da coerência é o de que o corpo de regras que compõem o Direito deveria corresponder ao conjunto de normas que uma pessoa atingiria ao conferir peso apropriado a todas as proposições sociais e fazer as melhores escolhas quando estas proposições colidissem.

Essa ideia garante a resolução dos conflitos de acordo com os valores precípuos de uma sociedade. Além disso, este ideal harmoniza os resultados dos litígios com as expectativas das partes de todos os sujeitos. Por fim, aumenta a legitimidade do Direito ao demonstrar sua racionalidade substancial. Para Eisenberg, este ideal é denominado *congruência social*.⁸⁹

Por outro lado, todas as regras que formam o ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras. A busca deste objetivo promove a previsibilidade, o tratamento igualitário dos casos e aumenta ainda mais a legitimidade do Direito ao demonstrar a sua racionalidade formal. O autor refere-se a este ideal como *consistência sistêmica*.⁹⁰

Em conjunto, congruência social e consistência sistêmica fornecem a base pela qual se avaliam as regras jurídicas. Sua operação não se dá na lógica binária (tudo ou nada), mas sim em uma aplicação contínua. Em outras palavras, esses ideais não servem para avaliar se uma regra é coerente, mas sim para responder qual de duas ou mais regras aplicáveis à solução de uma mesma questão é eficaz.⁹¹

Além desses dois ideais, a doutrina anglo-saxônica apresenta um terceiro, resultado da combinação da coerência e da consistência: o ideal de estabilidade.

⁸⁷ Tradução livre.

⁸⁸ Tradução livre.

⁸⁹ No original: "*social congruence*". (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.44).

⁹⁰ No original: "*systemic consistency*". (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.44).

⁹¹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.47.

1.3.7 O ideal de estabilidade

De acordo com os referidos princípios do suporte e da replicabilidade, os tribunais devem aplicar regras que encontrem suporte nos padrões normais da sociedade e pelo ordenamento jurídico. Além disso, devem fundamentar suas decisões de modo a permitir um diálogo com os advogados. A forma encontrada pela *common law* para satisfazer essas duas exigências é o discurso a partir dos precedentes.

De acordo com a objetividade, as regras devem ser universais, no sentido de que sejam aplicáveis a todas as partes envolvidas em casos semelhantes. O respeito aos precedentes também alcança este objetivo. Deve-se acrescentar, aqui, que a teoria dos precedentes utilizada pela *common law* aplica-se ao mesmo tribunal que proferiu a decisão, pelo que ele se torna vinculado a seus próprios julgamentos.⁹²

Esse fato produz duas consequências que merecem ser destacadas. Em primeiro lugar, um tribunal que se deparar com uma questão nova terá maior responsabilidade ao decidir e deverá examinar com maior cuidado as razões expostas pelas partes. Afinal, a decisão tomada no caso paradigma será aplicada a todos os casos semelhantes. Essa forma de raciocínio dá maior imparcialidade ao juiz, que deve raciocinar como se fosse aplicar a regra a toda a sociedade, e não apenas às partes de um determinado processo.

Por outro lado, a vinculação às próprias decisões reduz as incoerências nos julgamentos proferidos por um mesmo órgão.⁹³ Decidida a questão, independentemente

⁹² Alguns autores diferenciam o *stare decisis* da vinculação aos precedentes. Para Frederick Schauer, por exemplo, *stare decisis* existe somente dentro de um mesmo tribunal, no sentido de que o órgão deva respeitar suas próprias decisões. Nos casos em que a decisão foi proferida por uma corte hierarquicamente superior, há uma regra de respeito aos precedentes. Por outro lado, a grande maioria da doutrina trata do *stare decisis* como uma regra geral de respeito aos precedentes, na qual a hierarquia entre os tribunais deve ser observada como critério para a vinculação aos precedentes. (V. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer...**, p.104).

⁹³ Apenas para ilustrar o nível das incoerências entre as decisões dos tribunais, citam-se duas decisões da 7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A primeira considera que a exigência legal de monogamia impede a declaração de união estável de homem casado. A segunda, porém, reconhece a possibilidade de duplicidade de células familiares. UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO. DESCABIMENTO. 1. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer a constituição de uma união estável quando a pessoa for casada e mantiver vida conjugal com a esposa. O relacionamento adulterino não tem o condão de constituir união estável. 2. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 3. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas

do relator, o tribunal deve manter aquele posicionamento em função da igualdade e imparcialidade pregadas pelo princípio da objetividade.

O respeito aos precedentes, por fim, contribui para a última função das cortes da *common law*: o enriquecimento da provisão de regras jurídicas. Com um número maior de regras torna-se possível um seguro planejamento de acordo com o Direito.

Além disso, a resolução privada de conflitos torna-se muito mais fácil, pois pelo exame da matéria fática e probatória os advogados são capazes de prever o resultado de um processo judicial com alto grau de certeza.

Dessas razões é que surge, para Melvin Eisenberg, o ideal de estabilidade⁹⁴. É aqui que se insere o *stare decisis*⁹⁵, que determina aos juízes que respeitem os precedentes estabelecidos por decisões anteriores, seja de tribunais hierarquicamente superiores, seja do próprio órgão que compõem.

Vê-se, assim, que o *stare decisis* não foi instituído na *common law* por lei, ou por qualquer ato de autoridade. Surgiu da necessidade de coerência e de igualdade, como forma de se garantir um tratamento isonômico a todo o jurisdicionado e de legitimar as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que sofre de um déficit democrático. Seu desenvolvimento foi natural na *common law*, mas não é seu elemento central.

publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 4. Indemonstrada a existência de uma união estável, inexistente título capaz de albergar o pleito alimentar, tão pouco a partilha pretendida. Recurso desprovido. (TJRS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70039195524. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 20 de dezembro de 2010.); – UNIÃO ESTÁVEL. DUPLICIDADE DE CÉLULAS FAMILIARES. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja "digna" de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. ALIMENTOS. Os alimentos devem recair sobre os rendimentos brutos, deduzidos apenas os descontos legais obrigatórios. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Cumuladas ações de união estável, partilha de bens e alimentos, mostra-se indevida a fixação dos honorários apenas com base na condenação alimentar, devendo ser consideradas as demais demandas para fins de incidência de tal encargo. Apelos parcialmente providos, por maioria. SEGREGO DE JUSTIÇA. (TJRS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n.º 70016969552. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Julgado em 06 de dezembro de 2006).

⁹⁴ O autor denomina esse ideal de "*doctrinal stability*". Não se trata, porém, de uma estabilidade da doutrina. Trata-se da estabilidade das decisões, ou melhor, das regras estabelecidas pelo Judiciário. Ademais, para Eisenberg, a produção dos acadêmicos não deve ser estável. Pelo contrário, são as publicações científicas que contribuem para a constante oxigenação do Direito, influenciando, inclusive, a reforma de decisões e a criação de novos precedentes.

⁹⁵ A expressão original no latim é *Stare decisis et non quieta movere*.

Isso quer dizer que o respeito aos precedentes merece ser considerado pela tradição da *civil law*. O item seguinte aprofundará essa questão e seus desdobramentos darão ensejo aos capítulos 2 e 3 deste trabalho.

1.4 O PRECEDENTE COMO UMA FERRAMENTA DAS DUAS TRADIÇÕES

Procurou-se demonstrar, até aqui, que a teoria dos precedentes não teve a mesma origem que a *common law*, pelo que não pode ser confundida com esta tradição jurídica. Na verdade, o respeito às decisões foi uma prática construída na Inglaterra e difundida pelas demais colônias como uma forma de manter a coerência do ordenamento jurídico e a igualdade dos sujeitos diante do Judiciário.

Os ideais pregados pela *common law* a respeito do *stare decisis* não são incompatíveis com a tradição civilista, muito menos com o sistema jurídico brasileiro. Pelo contrário, ao erigir a igualdade como um direito fundamental⁹⁶, coerência e consistência na aplicação do direito pelo Judiciário passam a ser perfeitamente defensáveis.⁹⁷

Ainda pela Constituição, pode-se questionar se o artigo 92 não estabelece uma hierarquia entre os órgãos do Poder Judiciário, ao denominar o órgão superior do Judiciário como Supremo Tribunal Federal.⁹⁸ Discussão análoga é travada nos Estados Unidos da América a respeito da "*Supreme Court*" e algumas de suas conclusões serão úteis para o presente estudo.

Por fim, pode-se afirmar que o respeito às decisões judiciais favorece os próprios magistrados, pois com o respaldo do passado suas decisões ganham maior legitimidade e menor probabilidade de reforma.

⁹⁶ Art. 5.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁹⁷ O que deve ser examinado, porém, é se os sistemas de precedentes inglês ou norte-americano são compatíveis com a tradição romano-germânica brasileira. Este estudo será feito com maior profundidade no capítulo 3.

⁹⁸ Essa questão será aprofundada no próximo capítulo.

Para a sociedade, por outro lado, o *stare decisis* gera maior segurança e confiança no Judiciário. É incoerente, para um leigo, descobrir que no Brasil cada juiz pode decidir de uma forma, já que as leis são iguais para todos. O respeito aos precedentes poderia contribuir para a redução dessas incoerências.

Diante dessas razões, o respeito aos precedentes no Brasil não pode mais ser recusado por uma simples razão de incompatibilidade entre as tradições jurídicas. Trata-se de uma ferramenta que só tem a acrescentar ao direito pátrio, capaz de reduzir o número de ações judiciais, favorecer a realização de acordos e também garantir a igualdade na aplicação da lei em todo o território. Enfim, o *stare decisis* é uma importante ferramenta para a solução de problemas do Judiciário que o acompanham desde sua gênese.

Merece destaque, também, o fato de que o Projeto de novo Código de Processo Civil introduzirá na legislação o tema dos precedentes, pelo artigo 847:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1.º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2.º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Com a entrada em vigor do novo Código, o que se mostra cada vez mais iminente, o estudo dos precedentes deixará de ser uma matéria exclusivamente teórica para se tornar um tema central do Direito Processual Civil e de todo o Direito Material.

Todas as razões apresentadas neste item merecem aprofundamento. Para tanto, o Capítulo 2 terá como principal objetivo demonstrar que o respeito aos precedentes

é uma medida positiva a ser adotada pelo Judiciário brasileiro. Ao mesmo tempo, as principais críticas ao precedentalismo serão expostas e debatidas, a fim de desmitificar algumas das crenças injustificadas acerca do tema.

CAPÍTULO 2

RAZÕES PARA SEGUIR PRECEDENTES

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Após um primeiro olhar sobre a teoria dos precedentes pode-se concluir, apressadamente, que sua adoção implicaria o engessamento do sistema jurídico e a restrição à liberdade dos juízes, especialmente os de primeiro grau. Essas observações podem até mesmo ser verdadeiras, mas nem por isso significam que o Direito perde com o respeito às decisões e não podem ser utilizadas como os únicos argumentos para se evitar a prática precedentalista.

O objetivo deste capítulo é expor as principais razões para que as decisões pretéritas sejam respeitadas no Brasil, não só como argumento para decidir no mesmo sentido, o que ocorre frequentemente, mas também para impor aos juízes que considerem o posicionamento dos tribunais ao tomar uma decisão contrária. Em última instância, procurar-se-á demonstrar que exigir do magistrado que decida de forma contrária ao seu entendimento pessoal não é algo absurdo, mas tão somente uma medida de coerência e de igualdade.

As razões aqui expostas irão além das justificativas recorrentes para o respeito às decisões, que nem por isso deixam de ter importância.⁹⁹ Dentre elas destacam-se os valores da segurança e da confiança. Afinal, o jurisdicionado planeja seus atos de acordo com o direito, mas em alguns casos a lei não é suficiente para garantir um resultado seguro. Para tanto, é importante que as decisões judiciais a respeito de casos semelhantes sejam iguais.¹⁰⁰

⁹⁹ "Two common justifications for precedent are the stability it provides to the structure of society and the certainty that results when known rules are applied in a consistent and evenhanded manner." (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**: a comparative study. Brookfield: Ashgate Publishing, 1997. p.379.

¹⁰⁰ MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v.66, jan. 1988.

Outro argumento essencial em defesa do *stare decisis* é o de que respeitar precedentes garante o tratamento isonômico entre os litigantes de processos judiciais diferentes. Ou seja, duas pessoas diferentes envolvidas em uma questão jurídica igual deverão receber do Judiciário a mesma decisão, independentemente do estado em que vivem ou do juiz que apreciou a causa.¹⁰¹

Por fim, é comum justificar o respeito aos precedentes com o fundamento de que o magistrado, ao aplicar uma decisão anterior, confirma a certeza do direito e demonstra que é imparcial em relação à causa e às partes.¹⁰²

Vale ressaltar que a discussão sobre o respeito às decisões não é comum na *common law*. A racionalidade dos precedentes é tão difundida e encontra-se enraizada de tal modo que são poucos os autores contemporâneos que questionam os motivos e a real necessidade de se seguir precedentes. No entanto, isso não quer dizer que as críticas feitas à teoria dos precedentes no Brasil não tenham sido formuladas previamente pelos juristas anglo-saxônicos, que convivem com o precedentalismo há muito mais tempo.

Sendo assim, para realizar o escopo deste capítulo, quatro ordens de ideias serão abordadas. Serão examinadas a teoria hierárquica do precedente, as explicações formalistas para sua adoção, as justificações consequencialistas e, por fim, os argumentos contrários à teoria dos precedentes. Ao longo deste estudo algumas das necessidades específicas do Brasil também serão abordadas.

Esse exame tem o propósito de questionar se o respeito às decisões judiciais encontra fundamento no Brasil. A compatibilização da teoria dos precedentes anglo-saxônica com o sistema jurídico nacional será problematizada no capítulo 3, pois exige especial cautela.

¹⁰¹ MALTZ, Earl. The Nature of Precedent.

¹⁰² MALTZ, Earl. The Nature of Precedent.

2.2 A TESE DA HIERARQUIA

O fundamento legal da tese hierárquica norte-americana é o artigo 3.º da Constituição dos Estados Unidos da América, que institui a "suprema" Corte e dá ao Congresso o poder para criar tribunais "inferiores".¹⁰³ Em síntese, o artigo 3.º é o responsável pela criação de todo o sistema judiciário federal dos Estados Unidos.

No ápice de toda essa complexa estrutura está a Suprema Corte, com poder revisional das decisões dos tribunais de cada estado, território e do sistema federal, desde que envolva matéria federal. A expressão "tribunais" representa, aqui, os órgãos hierarquicamente superiores de cada sistema da Federação.

Em comparação com o Brasil, seria o mesmo que dizer que a Suprema Corte pode revisar as decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de justiça especializada: Eleitoral, Militar e Trabalhista. Ou seja, a Suprema Corte exerce a função de tribunal constitucional e também dá a última palavra sobre questões de direito infraconstitucional, pelo que está no ápice de mais de cinquenta sistemas jurídicos.¹⁰⁴

A tese da vinculação hierárquica dos precedentes traça o caminho inverso da revisão das decisões. Para evitar a reforma, o magistrado ou o colegiado deve seguir os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhe são superiores.

Em um esforço comparativo, um juiz estadual de São Paulo deve observar as decisões do Tribunal de Justiça paulista, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, ele não deve respeito às decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ou do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região.

De acordo com essa tese, nos Estados Unidos as decisões da Suprema Corte têm autoridade sobre todos os juízes, já que possuem o poder de reformar qualquer decisão de matéria federal. No sistema brasileiro, a revisão de cada decisão

¹⁰³ Article III. *The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.*

¹⁰⁴ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?

trilha um caminho particular, mas que pode ser bem definido de início por meio das regras de competência.

As comparações realizadas até aqui, além de ter uma intenção didática, procuram demonstrar que a mesma tese hierárquica defendida nos Estados Unidos pode ser aplicada no Brasil. Para se definir quais precedentes devem ser seguidos, basta seguir a ordem recursal no caminho inverso.

Constata-se, assim, que não há, no Brasil nem nos Estados Unidos, uma regra formal que estabeleça uma hierarquia e obrigue um tribunal inferior a seguir os precedentes de uma corte superior. A diferença é que o respeito às decisões existe na *common law*, o que evita, ou pretende evitar, julgamentos com resultados diametralmente opostos.

Ao constatar que não existe no sistema norte-americano uma regra rígida que obrigue os magistrados a seguir os precedentes, mas tão somente a possibilidade de reforma da decisão, Evan Caminker sustenta que é preciso abandonar as premissas implícitas¹⁰⁵ e justificar as razões pelas quais há vinculação aos precedentes dos tribunais superiores. Conforme será exposto, as lições de Caminker também podem ser úteis ao sistema brasileiro, desde que bem compreendidas e compatibilizadas com o ordenamento pátrio.

Ao imaginar um sistema em que cada órgão decisório se comportasse como uma entidade autônoma de declaração e aplicação do direito, cada uma delas decidiria de acordo com seus critérios e da forma como melhor entendessem.

Apesar disso, ainda que com ampla liberdade, um tribunal poderia aderir a seus próprios precedentes ou a de seus revisores. Algumas razões para tanto podem ser elaboradas: em primeiro lugar, o tribunal pode ser convencido pelas razões da decisão anterior. Além disso, o juiz pode aderir ao precedente por seu próprio interesse, a fim de evitar o estigma associado à reforma de decisões.¹⁰⁶

¹⁰⁵ "Thus we must take care not to confuse the familiar with the necessary." (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.825).

¹⁰⁶ Claramente, Evan Caminker não conseguiu se dissociar completamente de sua realidade. O suposto "estigma" de que trata o autor não existe no Brasil, já que o respeito aos precedentes não é uma prática reiterada. No entanto, em que pese a inexistência do estigma, existem outros fatores que podem, sim, influenciar a adoção de precedentes pelos juízes brasileiros. A Resolução n.º 106 do CNJ, por exemplo, estabelece como critério objetivo para a promoção por merecimento dos magistrados "o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores" (art. 5.º, e).

Em terceiro lugar, um magistrado pode optar por seguir um precedente simplesmente para decidir casos recorrentes e concentrar suas energias em questões que merecem maior atenção. De fato, o respeito ao precedente é um pré-requisito à eficiência da justiça, uma vez que os juízes não têm tempo de se debruçar sobre todas as questões e sobre todos os casos.¹⁰⁷

Neste sentido, Benjamin Cardozo pregava o respeito ao precedente para evitar que o trabalho dos juízes aumentasse até chegar a um ponto de ruptura, em que todas as questões pudessem ser novamente discutidas em todos os casos.¹⁰⁸

Para Caminker, portanto, ainda que se removesse a obrigação de respeitar os precedentes, a prática continuaria sendo utilizada. O desrespeito às decisões somente ocorreria se houvesse razões suficientes para demonstrar que a corte superior errou. Mas nem nesses casos a *common law* admite o desrespeito aos precedentes. Resta saber qual é a justificativa para tanto, já que a tese da hierarquia não é suficiente.

Antes, porém, de prosseguir com o raciocínio de Caminker, algumas considerações a respeito do sistema brasileiro ainda podem ser feitas. Apesar de o autor concluir que a hierarquia é insuficiente para justificar a teoria dos precedentes, o que parece correto, ainda assim o fato de que a possibilidade de reforma das decisões é relevante para que as decisões passadas sejam observadas deve ser melhor considerado pelo Judiciário brasileiro.

Não há razão para insistir em um posicionamento contrário às cortes superiores. Esta prática, apesar de preservar a independência do juiz, fomenta a insegurança jurídica e a desconfiança do jurisdicionado.

Uma comparação que pode até mesmo parecer exagerada, mas que está absolutamente em jogo no problema dos precedentes, é a ponderação entre, de um lado, a liberdade do juiz e seu livre convencimento, e do outro a igualdade e a segurança jurídica. Quer-se acreditar que o peso atribuído a esses princípios é suficientemente diferente para dispensar a balança e optar pelos direitos fundamentais.

¹⁰⁷ As observações de Caminker parecem bastante compatíveis com a realidade brasileira.

¹⁰⁸ "[t]he labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others Who had gone before him." (CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921. p.149).

Sendo assim, mesmo sem a estrita vinculação hierárquica entre os tribunais, o respeito aos precedentes é uma prática positiva. O item seguinte prosseguirá com a investigação de Evan Caminker a respeito da justificativa para o respeito às decisões.

2.3 JUSTIFICATIVAS FORMALISTAS

2.3.1 Imposição legal

É possível discutir se o Congresso norte-americano tem poderes para editar uma norma que imponha ao Judiciário a regra de seguir precedentes. Pela concepção democrática que pauta grande parte dos autores dos Estados Unidos, poucos negariam a validade e a eficácia de uma lei como essa.¹⁰⁹ No entanto, essa regra nunca foi editada. Não existe qualquer regra que prescreva os efeitos vinculantes de nenhum tribunal, nem mesmo da Suprema Corte.

O que existe são apenas leis que conferem aos tribunais o poder de reformar decisões, como ocorre no Brasil. A diferença é que os tribunais tratam os precedentes como uma regra criada pelos próprios juízes¹¹⁰, desenvolvida pelo debate entre membros do Judiciário.

Do Poder Legislativo o que existe é o silêncio. Alguns afirmam que esse silêncio é suficiente para inferir a aprovação da teoria dos precedentes. Porém, como não há lei aprovada, a aprovação silenciosa do Legislativo nada mais é do que uma simples permissão, sem qualquer caráter autoritário.

Se não há dever legal de respeitar os precedentes, restam duas possíveis soluções para o respeito às decisões. A primeira, também formalista, consiste na

¹⁰⁹ V. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980; ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991. v.1; LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution**: where the Constitution goes wrong (and how We The People can correct it). Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

¹¹⁰ "Judge-made", nas palavras de Evan H. Caminker (Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.830).

busca de elementos que permitam justificar o dever de respeito aos precedentes na Constituição. A segunda implica o estudo de justificativas consequentialistas.

2.3.2 Imposição constitucional

O debate norte-americano acerca da imposição de respeito aos precedentes pela Constituição gira em torno do já referido artigo 3.º do diploma. Ao declarar que "o Poder judiciário dos Estados Unidos, que deverá ser investido em uma suprema Corte, e em Cortes inferiores de acordo com o que o Congresso poderá de tempos em tempos estabelecer [...]"¹¹¹, a Constituição norte-americana estabelece a necessidade de haver uma Suprema Corte e que os demais tribunais serão inferiores a ela.

Daí questiona-se: os adjetivos "suprema" e "inferior" impõem aos tribunais subordinados à Suprema Corte a obrigação de seguir seus precedentes?

A discussão a respeito do tema gerou inúmeras opiniões e, como envolve a interpretação constitucional, os argumentos utilizados para expor os significados do texto do artigo 3.º são as mais variadas. O relato de todas as teorias não se mostraria profícuo, pois envolveria temas como a epistemologia de expressões utilizadas e a história da Constituição norte-americana, já que muitos intérpretes entendem que o que define a interpretação correta é a intenção dos constituintes originários.¹¹²

Algumas das opiniões, porém, merecem menção. A primeira delas afirma que a Suprema Corte, dentre outras características, ocupa posição central no Judiciário porque de suas decisões não cabe recurso a nenhum outro tribunal.¹¹³ "Supremo", nesse sentido, significaria "final". O problema é que a distinção parece bastante forçada, uma vez que a Constituição norte-americana não trata de recursos e da reforma de

¹¹¹ Tradução livre do artigo 3.º, *caput*, da Constituição dos Estados Unidos da América.

¹¹² Nos Estados Unidos, os constituintes originários são chamados de "*framers*". Para conhecimento das mais variadas abordagens de interpretação constitucional norte-americanas, ver ACKERMAN, Bruce. **We the People...**, p.3-16.

¹¹³ AMAR, Akhil Reed. A Neo-Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction. **Faculty Scholarship Series**, Paper 1019. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1019>. Acesso em: 15 dez. 2010.

decisões ao instituir a Suprema Corte. Por isso, apesar de a afirmação ser verdadeira, não parece ter nenhuma relação com o real sentido do nome do tribunal.

Outra abordagem enfoca a competência dos tribunais. Enquanto a Suprema Corte tem competência para julgar todos os casos de matéria federal, independentemente do estado ou território em que tiveram origem, os tribunais inferiores possuem limitações materiais e territoriais.¹¹⁴ Assim, "inferior" representaria um âmbito menor de autoridade.

A última abordagem que merece menção toma como ponto de partida a importância relativa de cada tribunal para o país.¹¹⁵ A Suprema Corte, nesse aspecto, é responsável pelo julgamento de questões críticas e de interesse nacional, que podem envolver o risco de guerra ou disputas entre estados.

Evan Caminker, ao examinar essas três explicações para a distinção entre "superior" e "inferior" na Constituição norte-americana, faz uma ressalva de vital importância. Todas elas procuram demonstrar que os demais tribunais são inferiores ou menos importantes que a Suprema Corte. No entanto, o texto constitucional é expresso ao dizer que os órgãos do Judiciário são inferiores à Suprema Corte, indicando uma relação de subordinação. Do contrário, a Constituição estaria meramente comparando um tribunal aos demais.¹¹⁶

Para o autor, portanto, o artigo 3.º estabelece uma relação de subordinação dos tribunais em relação à Suprema Corte. Ou melhor, as decisões da Suprema Corte devem ser obedecidas e difundidas pelos demais juízes. A Corte, assim, assumiria a função de líder, de ápice da hierarquia do Poder Judiciário. A relação é semelhante à divisão de poderes do Poder Executivo: como o Presidente não pode realizar todos os atos necessários para a execução das leis, as funções devem ser delegadas para outras autoridades que devem obediência à figura principal.

¹¹⁴ CALABRESI, Steven G.; RHODES, Kevin H. The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary. **Harvard Law Review**, v.105, n.6, p.1153-1216, Apr. 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1341727>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

¹¹⁵ DODGE, William S. Congressional Control of Supreme Court Appellate Jurisdiction: Why the Original Jurisdiction Clause Suggests an "Essential Role". **Yale Law Journal**, v.100, n.4, p.1013-1032, Jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/796714>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

¹¹⁶ "Most significantly, all three fail to accord significance to the fact that inferior courts must be "inferior to"--not "inferior (or lesser) than"--the "supreme" Court. The use of "to" clearly suggests a direct relationship of subordination, not a comparative description of the courts' respective features." (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.834).

De nada adiantaria este estudo se não fosse possível estabelecer uma relação entre os argumentos desenvolvidos pelos juristas da *common law* e a estrutura dos tribunais brasileiros.

A Constituição da República de 1988, ao contrário da norte-americana, não deixou espaço para o legislador ordinário criar novos tribunais. De acordo com o artigo 92, a Constituição é expressa ao afirmar que são órgãos do Poder Judiciário os tribunais superiores, os tribunais regionais federais, os tribunais de justiça especializada e os tribunais de justiça comum dos estados.

Apesar de criar todos os órgãos do Poder Judiciário, a Constituição também trata de sua estrutura. Mais do que isso, optou pelo uso do adjetivo "Supremo" para se referir ao tribunal mais importante do país, responsável pela guarda da própria Constituição, dentre outras funções.

Além de chamar de "Supremo" o tribunal mais importante, empregou a expressão "Superior" para designar o órgão responsável pela interpretação uniforme das leis federais em todo o território.

A respeito desses tribunais, bem como aos demais tribunais superiores de justiça especializada (Militar, Eleitoral e do Trabalho), é possível questionar se o título a eles conferido pela Constituição não tem algum significado. Já de início é possível assegurar que as três abordagens apresentadas para se justificar o adjetivo "suprema" na Constituição norte-americana são compatíveis com a posição ocupada pelos tribunais superiores no Brasil.

Certamente, das decisões desses tribunais não cabe nenhum recurso¹¹⁷, pelo que suas decisões podem ser ditas finais. Além disso, apesar da maior divisão de competência material, os tribunais superiores examinam questões surgidas em todo o território, pelo que tem maior autoridade no plano nacional.

Por fim, quanto à importância, os tribunais superiores também adquirem posição vital no Brasil. Apesar de a competência de cada um ser limitada, as decisões tomadas por esses tribunais costumam receber maior cobertura da mídia e, pelo fato de serem irrecorríveis, representam decisões com forte impacto no Estado brasileiro.¹¹⁸

¹¹⁷ Dos tribunais superiores cabe recurso extraordinário, caso exista discussão de matéria constitucional. No entanto, na matéria específica de cada um dos tribunais, a decisão é irrecorrível.

¹¹⁸ Cita-se, como exemplo, o julgamento da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos e da adoção de cotas raciais em concursos públicos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ocupa posição central no Poder Judiciário brasileiro, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça. Observa-se que o Supremo tem a função expressa de guarda da Constituição, enquanto o Superior Tribunal de Justiça deve se ocupar da uniformização da interpretação das leis federais.

A denominação e a função desses tribunais é muito semelhante à Suprema Corte norte-americana. Não há qualquer razão para se negar a existência de uma hierarquia entre os órgãos do Judiciário brasileiro. Sustentar o contrário é, em última instância, admitir que não existe organização no processo de decisão judicial e que todo juiz tem poder para criar o direito como bem entender.

Insistir nessa tese é pregar a existência de um Estado que não confere segurança ao jurisdicionado. Se o magistrado não deve respeito à lei, pois pode declará-la inconstitucional, nem às decisões de seus superiores hierárquicos, o que se tem não é um Estado de Direito. Esse Estado também não é democrático, uma vez que a legitimidade e a eficácia da lei pode ser afastada em todos os casos.

O que se tem, com o perdão da metáfora, não é um Leviatã, mas sim uma Hidra, com o número de cabeças igual ao número de juízes empossados. Se o problema é a liberdade do juiz, deve-se constatar que a independência e o livre convencimento têm limites estabelecidos pela própria Constituição e não podem prevalecer diante de direitos como a igualdade e a segurança.

Por outro lado, se o problema é a criação do direito pelos magistrados, a solução atualmente encontrada no Brasil é diametralmente oposta ao resultado que se pretende chegar.

Sendo assim, a lição norte-americana acerca da hierarquia entre os tribunais e o dever de respeito aos precedentes dos tribunais superiores merece ser considerada pelos juristas e magistrados brasileiros. Trata-se de instrumento capaz de garantir coerência e consistência ao direito, ao mesmo tempo em que dará maior legitimidade às decisões de qualquer juiz.

Além das razões hierárquicas, existem outras justificativas consequentialistas para a adoção da teoria dos precedentes. Seu peso é, certamente, menor do que as razões formais, uma vez que só existem em tese e dependem em grande parte da forma como a teoria dos precedentes será instituída. Ainda assim, esses argumentos merecem estudo e reforçarão ainda mais as razões até aqui apresentadas.

2.4 JUSTIFICATIVAS CONSEQUENCIALISTAS

2.4.1 Economia processual

A economia processual é uma das consequências que salta aos olhos ao se tratar da teoria dos precedentes.¹¹⁹ Se um juiz ou tribunal pode ter suas decisões reformadas por uma corte superior, é natural que ele tenha o dever de respeitar as decisões desta corte.

Ao contrário do que se pode imaginar, porém, o respeito aos precedentes é benéfico a ambas as partes.¹²⁰ Afinal, mesmo à parte que não teve seu direito reconhecido na decisão o precedente é útil para saber se o recurso é medida idônea ou não. Se o resultado do julgamento proferido pelo juiz de primeiro grau fundou-se em caso igual já julgado pelo tribunal a que se deve recorrer, pode ser mais vantajoso aceitar a decisão e evitar maiores despesas na sede recursal.

Além das partes, o beneficiário maior da economia produzida pelos precedentes é o próprio Poder Judiciário.¹²¹ Ao uniformizar as decisões, o número de recursos será drasticamente reduzido, já que a possibilidade de reforma da decisão será muito menor. Ao se reduzir o número de recursos, e consequentemente de trabalho, haverá evidente economia para o Poder Judiciário, seja ela de tempo ou de finanças.

¹¹⁹ *"The use of precedent promotes judicial economy and efficiency and conserves the resources of judges, lawyers and parties. Once an issue has been thoroughly examined by a court and resolved, it becomes 'settled' and does not have to be examined anew in subsequent cases."* (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State), p.383).

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.188.

¹²¹ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?

2.4.2 Duração razoável do processo

Ao respeitar os precedentes, os magistrados poderão solucionar os casos repetidos com maior rapidez.¹²² Com isso, poderão dedicar maior parte de seu tempo para as questões novas e de difícil solução. Isso quer dizer que os precedentes também contribuem para que a duração do processo seja aprimorada. Ou seja, se o magistrado tem acesso a uma decisão compatível com a do caso que tem a julgar, proferida por ele mesmo ou por um tribunal que pode reformar sua decisão, é desnecessário que elabore uma sentença absolutamente nova.

Pelo contrário, deve recorrer ao precedente. Assim, o juiz tem mais tempo para se dedicar aos casos novos, os quais exigem extensa fundamentação. Note-se, portanto, que em nenhum momento defende-se a desídia do magistrado na sua atuação. O que se afirma é que, diante do volume de processos que cada magistrado tem para julgar, deve-se adotar um critério que torne mais rápido e eficaz a tomada de decisão.

Novamente, este benefício é positivo para o Judiciário e para as partes. Com o respeito aos precedentes, a espera pelo resultado poderá ser reduzida, dando fim ao conflito e encerrando um processo judicial.

2.4.3 Maior legitimidade do Poder Judiciário

Os dois primeiros itens referentes às justificações consequencialistas – economia e celeridade – certamente estão sujeitos a uma crítica: a rapidez com que os processos são julgados não deve ser mais importante que a tomada de uma decisão justa e correta.

Para muitas formas de reduzir o tempo do processo e garantir economia para o Judiciário, esta crítica costuma ser pertinente e até mesmo insuperável. Ocorre que essas afirmações não se aplicam à teoria dos precedentes. Afinal, sempre que se tem um caso novo, o juiz deve dedicar maior tempo e cuidado para proferir a decisão.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.186-187.

O caso novo passará por, no mínimo, duas instâncias até que se possa afirmar que um precedente foi, de fato, criado. Para tanto, a questão de direito discutida será objeto de debate pelas partes e por seus advogados, a sentença será desafiada por recurso, o tribunal competente examinará a matéria e o caso poderá ser levado até mesmo a um tribunal superior, que proferirá a decisão final.

Diante disso, o que se procura demonstrar é que para os casos novos que realmente exigem a atuação do Poder Judiciário, haverá o devido exame das questões. Será natural, portanto, que nestas situações os processos levem mais tempo para sua conclusão. Porém, esse tempo não chegará a ser contado em décadas, como é o caso de muitos processos no Brasil.

O motivo para a redução do tempo de tramitação dos casos difíceis é resultado direto do ganho de tempo pela solução de questões repetitivas por meio da adoção dos precedentes. E também nos casos reiterados não se aplica a crítica de que a decisão pode ser injusta.

Deve-se compreender que toda questão repetida levada ao Judiciário já foi, uma vez, examinada com maior cautela, e os benefícios desse julgamento merecem ser expandidos para todo o jurisdicionado. Essa prática não gera simples economia e rapidez, mas garante também a legitimidade da decisão.

Ora, sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juízes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos.

Ao contribuir para a construção de um corpo de regras aplicadas de modo uniforme, cada magistrado é responsável pelo aprimoramento do Judiciário como um poder que respeita a igualdade e que toma decisões justas e legítimas. Por consequência, será muito mais respeitado pela população e visto como órgão responsável pela administração da justiça.

Pelo que se pode depreender das razões expostas até aqui, seria natural que a próxima justificativa consequencialista fosse a uniformidade da interpretação e da aplicação do direito. No entanto, antes de tratar deste assunto, uma questão que é muito pouco discutida merece atenção.

2.4.4 A importância da instrução

A discussão a respeito da celeridade processual refere-se, na maior parte das vezes, à demora com relação ao tempo total de tramitação de um processo. Porém, a rápida prestação da tutela jurisdicional não pode ser confundida com um serviço realizado "às pressas". Sustentar que um processo deve ser célere e econômico não é o mesmo que defender que o juiz deve desrespeitar direitos das partes, como a produção probatória.

Esse tema, aliás, é pouco comentado pela doutrina, com raras exceções.¹²³ Ocorre que a instrução processual muitas vezes tem sido atropelada pelos magistrados, ao ponto de audiências de instrução para o depoimento pessoal das partes e ouvida de testemunhas serem marcadas com duração aproximada de cinco minutos.

Tal realidade não pode ser atribuída à simples desídia dos magistrados. Ao inverso, é o acúmulo de trabalho e as crescentes exigências de produtividade¹²⁴ que impõem aos magistrados uma menor concentração de tempo naquela que é uma das mais importantes funções do primeiro grau de jurisdição. Para trabalhar mais, o que somente é auferido por meio do número de despachos e de sentenças, os juízes precisam tornar mais curtas as audiências.

Resultado direto dessa prática é a deficiência no exame das questões de fato. Como se demonstrará no terceiro capítulo, a análise dos fatos é vital para que os precedentes de um caso sejam identificados.¹²⁵ São as peculiaridades de cada caso que permitem ao juiz aplicar um precedente ou estabelecer uma distinção entre as situações.

Para ilustrar, basta imaginar uma ação em que o autor alega que cumpriu uma obrigação de pagar. Caso apresente recibo de quitação ou obtenha a confissão do réu, o pagamento será comprovado e a ação será julgada procedente. No entanto, caso não faça prova do pagamento, a situação muda em favor do réu. Sem a atenta

¹²³ Ver, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹²⁴ Veja-se, por exemplo, a META 2 do CNJ.

¹²⁵ *"Every judgment must be read in the light of judgments in other cases."* (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.45).

consideração dos fatos não há condições de aplicar o direito, muito menos sustentar o respeito aos precedentes.

A economia e o tempo ganhos com os demais benefícios dos precedentes, portanto, devem ser utilizados em favor da melhor instrução dos processos, a fim de tornar mais simples e objetiva a identificação de decisões anteriores similares àquela que será julgada. Sem a dedicação dos magistrados ao exame da matéria probatória não há razão para insistir nessa tese.

Para concluir o tema da instrução, uma última questão será abordada. Uma das críticas à teoria dos precedentes, proferidas por magistrados em encontros e conferências afetas ao tema, é a de que a vinculação às decisões dos tribunais superiores limitaria um dos princípios do Direito Processual, o livre convencimento motivado do juiz.

Ocorre que a doutrina é pacífica ao afirmar que o princípio do livre convencimento não permite que o magistrado decida livremente. O sentido do princípio é o de que o juiz, ao proferir a sentença, aprecia livremente as provas produzidas nos autos, conforme a redação do artigo 131 do Código de Processo Civil: "[o] juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Em nenhum momento a norma fala em apreciação livre do Direito.

A esse respeito, Rui Portanova sustenta que em algumas situações o juiz também pode se convencer acerca do direito e da justiça para um determinado caso.¹²⁶ Apesar de seu posicionamento parecer contrário à teoria defendida, seus exemplos apenas reforçam a necessidade de respeito aos precedentes.

Veja-se que o referido autor, ao expor algumas situações em que o juiz pode se convencer livremente acerca do direito traz como exemplos regras gerais abertas, como a função social da propriedade e casos em que há lacuna legislativa.¹²⁷ Ora, como exposto, o objetivo dos precedentes é conferir uniformidade à forma como o

¹²⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p.245.

¹²⁷ "Por igual, quando está a decidir sobre propriedade, de novo a lei, só que agora a Lei Maior, determina que o juiz leve em conta a função social da propriedade. Não se há de esquecer muitas outras normas em branco, bem como os casos de lacuna da lei e do direito." (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, p.245).

direito é aplicado. Nesse sentido, a jurisprudência contribui para o enriquecimento do ordenamento jurídico, de modo que as situações que admitem diversas interpretações possam se resolver de modo igual.

Não há razão, portanto, para afirmar que a teoria dos precedentes é contrária ao livre convencimento do juiz. Ela produz, de fato, uma limitação a esse princípio, mas justificada pela uniformidade do direito, pela igualdade e pela segurança jurídica, que em conjunto tem peso maior que um princípio de direito processual.

Por outro lado, a necessidade de apreciação das provas e dos elementos fáticos exigida pela teoria dos precedentes exalta o princípio do livre convencimento. É por meio dele, aliás, que figuras análogas ao *distinguishing*¹²⁸ poderão ser utilizadas no direito brasileiro.

2.4.5 Uniformidade de interpretação e aplicação do Direito

A uniformidade de interpretação e aplicação do Direito procura impedir decisões diferentes para casos iguais, o que torna o sistema jurídico inseguro e caótico¹²⁹, como já previa Mauro Cappelletti.¹³⁰ Ocorre que o ideal de uniformidade concentra uma série de outros valores, pelo que sua exposição pode ser desdobrada em tópicos específicos.

¹²⁸ Não é objeto deste trabalho apresentar as figuras do *distinguishing* e do *overruling*. Existem outras obras publicadas no Brasil que se preocupam com o tema e lhe conferem maior profundidade. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.326 e segs; APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008. p.57 e segs. Em inglês, ver, dentre outros, EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.104-145.

¹²⁹ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?

¹³⁰ Ver nota de rodapé n.º 40, acima.

2.4.5.1 Previsibilidade

A previsibilidade permite a consecução de três objetivos próprios. Em primeiro lugar, a previsibilidade permite que um sistema jurídico realize suas funções instrumentais. A função primordial das leis é orientar as condutas sociais de pessoas e da Administração Pública, pelo que as regras devem ser bem definidas. Se houver confusão ou dúvida a respeito do significado de uma norma¹³¹, não há como um indivíduo pautar suas ações de acordo com o Direito.¹³²

Em segundo lugar, a previsibilidade também pode ser ligada à proteção da confiança.¹³³ Muitas regras jurídicas incentivam escolhas dos indivíduos¹³⁴, seja porque o comportamento previsto pela regra é socialmente desejável ou pela simples função de evitar uma surpresa. É por isso que as alterações legislativas não prejudicam os atos praticados enquanto outra lei estava em vigor.

Nesse sentido, o papel dos tribunais é essencial. É preciso aplicar o Direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo Judiciário. Da mesma forma, aquele que age em contrariedade ao sistema jurídico deve ter plena consciência de que seus atos serão considerados ilegais.

Sem coerência e decisões iguais para casos iguais, tem-se mera expectativa de que o direito será reconhecido. Pior, ao se admitir a pluralidade de interpretações, incentiva-se a população a não agir de acordo com as regras, já que é possível

¹³¹ "Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.124).

¹³² CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?

¹³³ "First, judicial precedent impose order on the legal system. As I previously indicated, judicial precedent, at its most basic, settles disputes between parties (including the other branches), and clarifies the rules of the game for what litigants need to do in order to prevail in constitutional adjudication." (GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. p.157-158).

¹³⁴ Cita-se, por exemplo, as normas que regulam o pagamento parcelado. De acordo com o artigo 332 Código Civil, a quitação da última parcela gera presunção de que as anteriores estão solvidas. Diante desta regra, o credor pode receber o recebimento da última parcela e cobrar as atrasadas, para resguardar seu direito de receber o pagamento integral.

obter, no juízo certo e com bons argumentos, uma decisão diferente e favorável, que reconheça como válido um ato contrário ao direito posto.¹³⁵

Por fim, a previsibilidade reduz os custos do Judiciário. Quanto mais certo e previsível é o Direito, menor será a probabilidade de que haverá uma transgressão. Se os atos são praticados de modo válido, menor será a necessidade de se recorrer a um processo judicial. Mais ainda, até mesmo nos casos em que a norma for violada a previsibilidade permite uma solução mais rápida ou pelo juiz ou por acordo judicial. O favorecimento de acordos, aliás, será objeto de discussão em item próprio.

2.4.5.2 Orientação da Administração Pública

Evan Caminker sustenta que se o Judiciário não interpreta e aplica as leis que regulamentam o Direito Público de modo uniforme, o Poder Executivo pode ter grande dificuldade em determinar suas obrigações e suas áreas de atuação. Sem coerência e previsibilidade, a Administração Pública não teria um planejamento eficiente.¹³⁶

Se essa afirmação é feita a respeito do Poder Executivo federal dos Estados Unidos, o que dizer a respeito da Administração Pública brasileira, que é a maior litigante em todo o território. Se houvesse uniformidade nas decisões, municípios, estados e a União poderiam planejar com mais segurança seus atos e, mais do que isso, não teriam razão para insistir em discussões judiciais já pacificadas pelos tribunais superiores.¹³⁷

¹³⁵ "A previsibilidade obviamente depende da confiança. Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança é um requisito da previsibilidade. Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como o que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.137).

¹³⁶ *"The executive branch enforces public law. If the judiciary does not interpret and implement federal laws uniformly, the executive branch may have a difficult time determining its enforcement options and obligations[0]. [...] And even if administrators could foresee each particular rule applicable in each divergent case, the disuniformity would still hamper the executive branch's ability to plan and implement effective enforcement strategies in many contexts. Thus rational and efficient administration of public law often requires federal courts to interpret federal law uniformly."* (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.836).

¹³⁷ Infelizmente, o que ocorre no Brasil é o contrário. A Administração Pública recorre de todas as decisões que lhe são desfavoráveis. Pior, ao obter uma decisão benéfica, procura estender seus efeitos a todos os casos a serem julgados e também aos que já foram decididos. Essa questão foi

A Administração Pública deve levar em consideração as decisões do Poder Judiciário. Nesse sentido, as súmulas vinculantes, cuja regulamentação foi inserida na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional n.º 45, tem ao menos um ponto positivo: o artigo 103-A da Carta dispõe que o enunciado aprovado por dois terços de seus membros vincula a administração pública direta e indireta.

Ao impor que o Estado respeite as decisões do Supremo Tribunal Federal, a Constituição deu um importante passo para atingir a uniformidade e a previsibilidade defendidas neste trabalho. No entanto, como será discutido adiante, a súmula não é a forma ideal para que o entendimento reiterado dos tribunais seja organizado, pois o contexto fático da decisão é deixado de lado.

De qualquer modo, a uniformidade do Direito é imprescindível para que a Administração Pública atue de modo eficiente e para que implemente suas políticas públicas.

2.4.5.3 Igualdade de tratamento jurídico

A uniformidade garante que litigantes em uma mesma posição processual sejam tratados com igualdade. Não basta que a lei seja igual para todos, ela deve ser aplicada de forma que todos os sujeitos em uma mesma situação recebam o mesmo tratamento jurídico.¹³⁸ Esta característica é tida por muitos como uma das marcas mais fundamentais de um regime comprometido com o Estado de Direito.¹³⁹

uma das responsáveis pela inserção do parágrafo único do artigo 741, que torna inexigível o título judicial fundado em lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005).

¹³⁸ *"The rule of stare decisis causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases should be treated alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case."* (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.26).

¹³⁹ *"[...] a result often considered a hallmark of fairness in a regime committed to the rule of law."* (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.837).

O tema da igualdade costuma se desdobrar em dois planos. No âmbito temporal, a ideia é a de que as regras se mantenham estáveis ao longo do tempo, de modo que garantam previsibilidade e tratamento isonômico entre os indivíduos. As alterações no Direito devem ocorrer somente pela alteração da legislação ou da jurisprudência, mas nesta segunda hipótese as alterações não podem ocorrer pela simples mudança de composição de uma câmara. Deve haver respeito aos casos já decididos e aos negócios jurídicos firmados de acordo com a regra anterior¹⁴⁰, conhecida pelo jurisdicionado.

O plano espacial também precisa ser considerado. Se a lei aplicável a um caso é federal, ela deve ser aplicada de modo uniforme em todos os estados. A não ser que exista motivo justificado para a interpretação diversa, a divergência na interpretação de uma mesma norma entre tribunais é inexplicável, irracional e injusta.¹⁴¹

A própria Constituição da República brasileira procurou evitar o problema das múltiplas interpretações de uma mesma lei. Tanto é que prevê como uma das hipóteses de cabimento de recurso especial a divergência entre interpretações de lei federal entre tribunais.¹⁴² Assim, é papel do Superior Tribunal de Justiça uniformizar a aplicação das leis federais em todo o território. Mas para que essa meta seja efetivada, os demais tribunais devem respeitar a jurisprudência do tribunal superior.

Conclui-se, assim, a exposição acerca dos principais valores albergados pela uniformidade. De qualquer modo, não é exagero afirmar que todas as razões aqui apresentadas remetem a esta justificativa se a visão adotada for abrangente. Os próximos itens, porém, podem ser examinados como consequências específicas da teoria dos precedentes.

¹⁴⁰ O tema remete à discussão da eficácia retroativa e prospectiva das decisões. Existem decisões da Suprema Corte norte-americana que anunciaram uma mudança de posicionamento do tribunal, mas que não foram aplicadas ao caso em julgamento em razão, justamente, da previsibilidade e da uniformidade. Esta técnica é chamada de *prospective overruling*. (V. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**..., p.69 e segs.; SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v.26, Summer 2003).

¹⁴¹ "*Besides situations in which regional or statewide variation is intentional and rational, [FN145] geographical variation in otherwise uniform rules caused by divergent judicial interpretations seems irrational and unfair.*" (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.839).

¹⁴² Artigo 105, III, c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

2.4.6 Desestímulo à litigância e favorecimento de acordos

Richard Posner possui uma concepção bastante particular acerca da produção de precedentes e da atividade judicial¹⁴³, uma vez que seu raciocínio parte da análise econômica do direito¹⁴⁴. Algumas considerações do autor, porém, são imprescindíveis para tratar do tema dos precedentes.

Para Posner, o conjunto de decisões proferidas pelo Poder Judiciário forma um acervo de capital¹⁴⁵, o que pode ser traduzido na noção de enriquecimento do ordenamento jurídico. Por outro lado, o autor observa que o litígio é bastante custoso para as partes. Assim, sempre que possível, o acordo é sempre uma melhor opção.

O litígio só prossegue se as partes acreditarem que têm chance de receber uma decisão favorável. Assim, a incerteza é uma condição necessária para que se dê continuidade ao processo judicial. Se a incerteza é grande, haverá um alto número de litígios, inclusive no âmbito recursal.

No entanto, se as decisões judiciais passam a ser respeitadas como precedentes, a incerteza é reduzida e, por consequência, o número de litígios torna-se menor.¹⁴⁶ Nesse sentido, ao se revestir como precedente, a decisão projeta a influência dos

¹⁴³ V. POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

¹⁴⁴ A opinião pessoal do autor acerca da análise econômica do direito pode ser consultada em XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William Soares. A teoria da análise econômica do direito revisitada a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. **I Simpósio de Direito e Economia do Paraná**, v.1, p.1-25, 2010; e XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William Soares. Análise crítica da técnica utilizada para sustentar argumentos econômicos no acórdão 407.688 da penhorabilidade do bem de família do fiador. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

¹⁴⁵ *"El acervo de capital de los precedentes ES el producto de los abogados y los jueces que participan en la argumentación y la decisión, respectivamente, de los casos, sobre todo de apelación."* (POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, [s.d.]. p.507).

¹⁴⁶ *"El arreglo extrajudicial ES más barato que el litigio. Por tanto, sólo se cada uno de los disputantes espera que le vaya mejor en el litigio, será probable que no se pongan de acuerdo para arreglarse en términos que ambos preferirían en vez de los que esperarían obtener en el litigio. La incertidumbre es una condición necesaria para tal divergencia de las estimaciones. [...] Si la incertidumbre es grande, habrá mucho litigio, incluyendo el nivel de la apelación. Sin embargo, dado que ele litigio, sobre todo al nivel de apelación, genera precedentes, el incremento del litigio generará una reducción de la incertidumbre legal. Por tanto, la cantidad de litigio bajará en el periodo siguiente."* (POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**, p.508).

juízes com maior eficácia para guiar comportamentos futuros¹⁴⁷ e para que os particulares resolvam seus conflitos sem a necessidade de recorrer ao Judiciário.

A composição extrajudicial defendida por Richard Posner, portanto, não é o acordo em que o autor aceita uma proposta desvantajosa por ser hipossuficiente. Pelo contrário, o acordo fundado em precedentes permite que as partes identifiquem qual seria a decisão judicial para o caso. Assim, o resultado de um acordo nestes termos é muito mais justo do que as tentativas de conciliação empreendidas pelo Judiciário brasileiro.

Faz-se referência, aqui, às costumeiras reuniões chamadas de *pretrial*¹⁴⁸, em que comparecem as partes e seus advogados, somente. Nelas, os interessados apresentam suas provas e procuram identificar, pelos elementos fáticos, a decisão que um juiz proferiria a respeito do caso. A partir disso, negociam um acordo, pagando-se o que é devido, mas com a economia de tempo e dinheiro que um processo judicial acarreta.

Essa prática, porém, só se torna factível no momento em que existe previsibilidade das decisões. Do contrário, é mais vantajoso apostar no processo judicial, já que existe a possibilidade de julgamento favorável. A demora do procedimento também favorece a parte com melhores condições, que pode prolongar o tempo de tramitação do processo e buscar, com isso, um acordo em termos muito mais vantajosos, mesmo que ela não tenha razão na demanda.¹⁴⁹

2.4.7 Responsabilidade do juiz ao decidir casos novos

O presente argumento poderia ter sido inferido de outras razões consequentialistas apresentadas. No entanto, sua importância exige que seja destacado em item próprio, o que permite maior reflexão sobre o tema.

¹⁴⁷ "Um precedente proyecta la influencia de un juez con mayor eficiencia que una decisión que no tendrá ningún efecto para guiar el comportamiento futuro." (POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**, p.508).

¹⁴⁸ Pré-julgamento, em tradução livre.

¹⁴⁹ Nesse sentido, pertinente a crítica de Owen Fiss aos acordos. (V. FISS, Owen. **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.121-145).

Conforme explicitado, a adoção do respeito aos precedentes pelos magistrados brasileiros implicaria economia de tempo para a decisão de casos repetidos. Esta economia seria bastante significativa, uma vez que a redução não se operaria somente para o número de recursos, mas também para as ações novas propostas em primeiro grau. Afinal, com previsibilidade, o número de litígios seria menor.

Com isso, os magistrados, independentemente de seu grau de jurisdição ou competência, poderiam dedicar maior parte de seu tempo à fase de instrução e também para fundamentar suas decisões de modo mais abrangente e cauteloso.

Por outro lado, a possibilidade de se dedicar aos casos novos implica nova responsabilidade para o juiz. Suas decisões não mais produzem efeitos somente em relação às partes, mas a todo o jurisdicionado. Trata-se de uma consequência natural da função de enriquecimento do ordenamento jurídico pela Jurisdição.

Ou seja, o magistrado, ao decidir, não está simplesmente resolvendo um caso com a possibilidade de torná-lo imutável para as partes. Sua decisão produz efeitos muito mais amplos e é relevante para todo o jurisdicionado, já que poderá ser invocada como precedente pelas partes e deverá ser observada pelos demais julgadores. Nesse sentido, aliás, quanto mais alta for a posição hierárquica ocupada por um tribunal, em relação à possibilidade de revisão das decisões, maior será a relevância da decisão.

Assim, a responsabilidade dos magistrados para decidir questões novas e relevantes para a sociedade passa a ser maior. Os resultados dessa constatação são bastante benéficos para o Judiciário.

Em primeiro lugar, garante-se a imparcialidade do julgador de forma objetiva. Explica-se: se o juiz tem consciência de que sua decisão será utilizada para a solução de todos os casos semelhantes ao que ele tem em mãos, será compelido a desconsiderar qualquer questão particular que, eventualmente, pudesse motivá-lo a decidir em favor de uma das partes.

Além disso, a responsabilidade do magistrado favorece a produção de decisões com fundamentos mais profundos e com a discussão de todas as razões alegadas pelas partes. Mais do que isso, o juiz pode se dedicar ao exame e à exposição dos fatos que o levaram a adotar um determinado posicionamento.

Adverta-se, ainda, que a exposição dos fatos no relatório da decisão é um elemento fundamental para que o manejo dos precedentes seja realizado de forma correta. É por meio da exposição das provas e da situação jurídica que os

demais juízes e advogados poderão averiguar se uma decisão é aplicável ou não a outras situações.

A certeza de imparcialidade nas decisões e o cuidado com a exposição fática garantem a igualdade entre as partes. Mais do que isso, esse cuidado garante também que as situações diferentes sejam tratadas de forma diferente.

Na medida em que o relatório da decisão explicita quais foram os fatos relevantes para a solução do caso, os demais julgadores têm aberta a via do *distinguishing*, ou seja, a afirmação de que o litígio analisado não é igual ao julgado previamente pelos tribunais. A possibilidade de divergência da decisão com base em elementos fáticos permite a obtenção de igualdade material no ordenamento jurídico.

Por exemplo, a partir da constatação de que uma das partes é hipossuficiente, a sentença pode ser diversa de um caso em que a aplicação de uma mesma lei era discutida. Vale dizer, em síntese, que somente casos iguais devem ser julgados de forma igual. Se os fatos são outros, nada impede que a decisão seja diferente.

O tema da igualdade das decisões costuma ser alegado como uma das críticas à adoção da teoria dos precedentes. Essa questão e outros argumentos contrários ao respeito às decisões serão analisados no próximo item.

2.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À TEORIA DOS PRECEDENTES

De acordo com as razões até aqui expostas, o respeito aos precedentes garante uma série de benefícios em planos diversos. Resta saber, porém, se a teoria pode ser realmente justificada diante dos valores constitucionais de autonomia dos juízes e da independência funcional, da possibilidade de divergência judicial para estimular a reforma do Direito e se o engessamento produzido pelo respeito às decisões não prejudica o ordenamento jurídico.

2.5.1 Independência do magistrado

Conforme noticiado no início deste capítulo, muitas das críticas realizadas à teoria dos precedentes no Brasil já foram feitas nos países da *common law*. O tempo também permitiu uma análise mais apurada de cada uma, sem que a doutrina de respeito às decisões fosse descartada.

Gary Lawson, por exemplo, afirma que a Constituição norte-americana confere independência judicial a cada magistrado.¹⁵⁰ Sua análise parte do estudo do caso *Marbury v. Madison* e conclui que o controle de constitucionalidade é um poder do juiz que está acima do direito infraconstitucional e dos precedentes. As decisões anteriores, para o autor, são fontes do direito, mas não prevalecem diante do texto constitucional. Dessa forma, ao constatar a inconstitucionalidade de uma lei, por mais que ela seja aplicada por outros tribunais, o juiz tem o dever de declará-la inconstitucional.

Para Lawson, portanto, as razões que justificam o precedente não se sustentam diante de uma inconstitucionalidade material. Duas inconsistências nos argumentos do professor da Universidade de Boston são apontadas.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o autor está correto ao afirmar que os tribunais devem aplicar uma interpretação própria do texto constitucional para decidir. No entanto, não há qualquer justificativa para a afirmação de que cada tribunal deve aplicar sua própria interpretação constitucional para a solução de litígios.¹⁵¹ O Poder Judiciário, como um único poder, pode muito bem ser o intérprete da Constituição.

Essa visão una da jurisdição confere a cada tribunal a possibilidade de agir como participante temporário no processo de interpretação constitucional. Com isso, todo magistrado terá relevância no processo, mas o texto da Constituição terá seu significado determinado. Do contrário, se cada juiz tiver absoluta independência para aplicar a *sua* Constituição, a unidade do documento se perde.

¹⁵⁰ LAWSON, Gary. The constitutional case against precedent. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge, n.17, p.23 e segs., 1994.

¹⁵¹ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?

A segunda inconsistência no trabalho de Lawson é ainda mais grave. De acordo com suas lições, um sistema constitucional que tivesse qualquer relação com o *stare decisis* não funcionaria adequadamente. Ora, este argumento parece ser demasiadamente exagerado. Qualquer sistema jurídico, quer da *common Law*, quer da *civil law* recorre aos precedentes em alguma medida, ainda que sua eficácia seja argumentativa, apenas.

De acordo com a explicação de Lawson, nem mesmo após decisão em ação direta de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal os demais tribunais deveriam deixar de aplicar uma lei. O exame da constitucionalidade deveria ser realizado novamente, sem qualquer referência ao posicionamento da Corte.

Não há razão, portanto, para proibir a aplicação de precedentes para o julgamento de casos. A questão que precisa ser investigada é se existe alguma situação em que não se deva impor a vinculação aos precedentes.

2.5.2 Desobediência judicial para estimular a reforma no Direito

Um dos principais argumentos contra a vinculação dos juízes aos precedentes é o de que a autonomia judicial contribui para o desenvolvimento do Direito, ao forçar os tribunais superiores a rever suas próprias decisões. Com isso, a revogação de precedentes seria mais comum e o direito não sofreria o temido engessamento.

Essa crítica, que em um primeiro momento parece ser bastante abrangente, na verdade pode ser reduzida a uma questão pontual. Trata-se de considerar se, de fato, a desobediência dos tribunais inferiores influencia a reconsideração das decisões por parte dos tribunais superiores. Além disso, cabe considerar se esta técnica é válida diante da perda de uniformidade e de eficiência de um sistema precedentalista.¹⁵²

Para defender a tese da desobediência judicial, juristas afirmam que não há nenhuma regra que obrigue os juízes a seguirem os precedentes dos tribunais

¹⁵² "The salient question is narrower: Does the chance that lower court disobedience will successfully encourage the Supreme Court to rethink its established position justify such behavior, notwithstanding the likely loss of efficiency and uniformity?" (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.860).

superiores.¹⁵³ Para Michael Paulsen, apesar de a teoria dos precedentes servir a alguns "valores processuais", como economia e uniformidade, é mais importante que os tribunais superiores sejam levados a rediscutir decisões que os demais juízes consideram incorretas.¹⁵⁴

Ocorre que os benefícios apresentados por Paulsen são apenas especulativos, pois só serão efetivados caso a Suprema Corte, ou qualquer que seja o tribunal superior que examinará a matéria, efetivamente revogue seu precedente. Por outro lado, a decisão divergente causa insegurança e desvirtua a uniformidade do sistema, gerando o aumento do número de litígios.¹⁵⁵ Por tais razões, é possível afirmar que a desobediência não é uma técnica razoável para estimular a reforma judicial.

De qualquer modo, ainda que os valores de uniformidade e economia fossem estritamente processuais, como sustenta Paulsen, e que a desobediência judicial não fosse apenas especulativa, existem outros elementos que afastam terminantemente a crítica aqui examinada.

Em primeiro lugar, os tribunais inferiores podem estimular a mudança de opinião das cortes supremas sem divergir. Isso pode ser feito por meio da concordância crítica¹⁵⁶, ou seja, uma decisão que adota o precedente, mas ao mesmo tempo expõe deficiências do precedente e incentiva o tribunal superior a rever seu posicionamento.

A concordância crítica tem os pontos positivos defendidos pela tese da desobediência judicial, mas ao mesmo tempo não sofre suas deficiências, pois, ao aplicar o precedente, o juiz não subverte o ordenamento e não fere os princípios que justificam o respeito às decisões.

¹⁵³ PAULSEN, Michael Stokes. Accusing Justice: Some Variations on the Themes of Robert M. Cover's "Justice Accused". **Journal of Law and Religion**, Saint Paul, v.7, n.1, p.33-97, 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1051192>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

¹⁵⁴ Essa técnica é denominada *underruling*, ou seja, um tribunal inferior revogar o precedente da Suprema Corte ou de outro tribunal a que está subordinado.

¹⁵⁵ "Unless and until the Supreme Court entertains an appeal and resolves the intramural squabble, the inferior court's defiance will thwart uniform federal law interpretation and its attendant values. If the Supreme Court reviews and reverses (reaffirming its precedent), the inferior court's disobedience will have raised the costs of adjudication and tarnished the Court's stature by challenging its competence for nothing. Only if the Supreme Court actually reviews and affirms the inferior court decision (thus overruling its precedent) will these process costs be justifiable." (CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents?, p.862).

¹⁵⁶ Tradução livre de *critical concurrence*.

Poder-se-ia sustentar que ao aplicar o precedente, limitando-se a criticá-lo, o tribunal superior não dedicaria a mesma atenção ao caso do que se tivesse que examinar uma decisão que divergiu de seu precedente. Não se pode negar que este argumento pode ser constatado na prática. Mas a própria prática também demonstra que a opção pela revogação do precedente por um tribunal inferior pode não produzir os efeitos esperados.

Os tribunais superiores costumam aplicar e respeitar seus entendimentos. Por isso, a divergência pode ser vista como um simples incômodo. Nesse caso, o precedente da corte acabaria por ser reforçado, e a desobediência, ainda que legítima, não seria considerada com a devida atenção.¹⁵⁷ A concordância crítica, por sua vez, teria o efeito inverso e seria objeto de exame.

O segundo argumento que contribui para o abandono da tese da divergência judicial é o de que o incentivo a esta prática pode resultar no abuso de discricionariedade.¹⁵⁸ Qualquer critério que permitisse a revogação de precedentes por um tribunal inferior deveria fazer menção a um "erro" ou expressão semelhante. Um critério desta ordem é, necessariamente, elástico e poderia ser maleado por um juiz para chegar a um resultado desejado diferente daquele pregado pelo precedente.

Por trazer prejuízos e incertezas ao sistema, a divergência judicial não se mostra uma crítica razoável para afastar o respeito aos precedentes. Além disso, o benefício da reforma judicial, que procura justificar toda a crítica, é meramente especulativo, pelo que não representa um fator decisivo no afastamento da teoria dos precedentes.

Aliás, a questão da necessidade de reforma judicial ser um benefício ao sistema jurídico é discutível. Em muitos casos, o ideal é que as regras se mantenham

¹⁵⁷ *"This comparison is most likely true, however, in cases where the Court would find disobedience irksome because the Court is strongly wedded to its precedent, and hence review would more likely spur a rebuff than careful reconsideration."* (CAMINKER, Evan H. *Why must inferior courts obey superior court precedents?*, p.863).

¹⁵⁸ Acerca da discricionariedade do juiz, sustenta Benjamin Cardozo: *"[t]he judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a knight-errant, rearing at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy disciplined by system, and subordinated to the primordial necessity of order in the social life."* (CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**, p.141).

constantes para favorecer a segurança e a confiança do jurisdicionado. Este tema será analisado no item seguinte.

2.5.3 Engessamento do sistema

A última crítica costumeiramente endereçada à teoria dos precedentes é a suposição de que ao vincular os juízes às decisões dos tribunais superiores impede-se o desenvolvimento do Direito. Essa afirmação pauta-se em duas premissas falsas. A primeira supõe que os precedentes não admitem qualquer tipo de reforma ou discussão. A segunda pressupõe que todas as regras jurídicas devem estar em constante mudança.

Ora, a premissa de que a *common law* não admite alteração de seus precedentes cai por terra ao se observar qualquer sistema fundado nessa tradição.¹⁵⁹ Até mesmo na Inglaterra, onde os precedentes já foram imutáveis¹⁶⁰, as cortes têm o poder de revogar seus precedentes. Os requisitos para tanto é que a alteração evite a injustiça de um caso concreto e o devido desenvolvimento do Direito.¹⁶¹

Ou seja, na Inglaterra, as duas possibilidades para a revogação de um tornam a crítica do engessamento vazia. Constatado pelo tribunal superior que sua decisão é causa de injustiça ou de óbice para o desenvolvimento do Direito, a corte tem o dever de rever o precedente.¹⁶²

¹⁵⁹ "Dessa forma, a *stare decisis* é tanto uma fonte de certeza quanto de flexibilidade no direito. Os novos casos geralmente devem ser decididos como o foram os casos antigos, assim se promovendo a certeza. Ao mesmo tempo, não sendo uma norma rígida, a *stare decisis* permite a mudança quando as políticas subjacentes pareçam exigir-lo." (VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.38).

¹⁶⁰ "Não obstante, nem mais no berço do *common law*, em que a força dos precedentes um dia chegou a ser absoluta, insiste-se na imutabilidade dos precedentes. Lembre-se que, por largo período de tempo (1889-1966), na Inglaterra, a *House of Lords* entendeu estar irremediavelmente obrigada a respeitar as suas decisões passadas." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.190).

¹⁶¹ Ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.191.

¹⁶² Benjamin Cardozo expõe razões semelhantes ao tratar do sistema norte-americano: "*But symmetrical development may be bought at too high a price. Uniformity ceases to be a good when it becomes uniformity or oppression. The social interest served by symmetry or certainty must then be balanced against the social interest served by equity and fairness or other elements of social welfare.*" (CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**, p.113).

Nesse âmbito, deve-se destacar a importância da produção doutrinária, cuja função é apontar as decisões incompatíveis com a realidade e sugerir soluções para os novos problemas da sociedade.¹⁶³

Note-se, ainda, que a *common law* possui diversas técnicas que permitem a revogação ou o distanciamento de um precedente.¹⁶⁴ São elas: *overruling*, *prospective overruling*, *transformation* e *overriding*.¹⁶⁵ Além delas, o autor destaca a possibilidade de elaboração de distinções inconsistentes.¹⁶⁶

O *overruling* e o *prospective overruling* são instrumentos para a retirada de um precedente do ordenamento. Por meio delas, o tribunal reconhece o erro de uma decisão anterior e lhe nega vigência. As demais técnicas não retiram um precedente do ordenamento, mas estabelecem distinções fáticas entre o caso julgado anteriormente e a nova questão apreciada pelo tribunal.

Com essas técnicas o ordenamento jurídico não deixa de se desenvolver. Mais do que isso, a construção do Direito se faz de forma ordenada e coerente, explicitando as razões para o abandono de um precedente ou destacando elementos de fato que permitem decisões diferentes por um mesmo tribunal. Não se sustenta, portanto, a crítica de que a teoria dos precedentes impede o desenvolvimento do Direito.

De qualquer modo, a segunda premissa em que a crítica se funda merece aprofundamento. Sustenta-se, em síntese, que as regras jurídicas devem estar sempre sujeitas à alteração, uma vez que a sociedade é complexa e evolui rapidamente.

Não há como discordar a respeito da evolução da sociedade e da complexidade dos relacionamentos entre indivíduos. No entanto, esse desenvolvimento não seria

¹⁶³ "The classic image of the common law is not only one in which the common law contains within its methods the ability to correct its own previous mistakes. It is also one in which the common law is able flexibly to adapt to changing social conditions." (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.112).

¹⁶⁴ Neil Eisemberg utiliza a expressão "*overturning*" para explicitar o gênero das técnicas de revogação dos precedentes. Em tradução literal, trata-se da "derrubada" ou da "reviravolta" de uma decisão. (V. EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.104 e segs.).

¹⁶⁵ Para aprofundamento nestas questões, ver a abrangente exposição de MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p.326-456 e VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**, p.135 e segs.

¹⁶⁶ "*Drawing of inconsistent distinctions*", no original. (V. EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**, p.136 e segs.).

possível se todas as regras jurídicas estivessem sujeitas à discussão no Judiciário. É preciso ter um mínimo de rigidez para que exista segurança.¹⁶⁷

Nesse sentido, não é dado a um magistrado que assuma um posicionamento diferente somente porque seu entendimento pessoal acerca do tema é divergente. Suas opiniões podem ser manifestadas por meio de concordâncias críticas ou por publicações doutrinárias. Como juiz, porém, ele tem o dever de preservar a coerência do ordenamento e a confiança do jurisdicionado em uma regra e nos precedentes que a aplicam.

Como se procurou demonstrar neste tópico, as críticas destinadas à teoria dos precedentes não foram suficientes para afastar sua utilização na *common law*. No entanto, muitas críticas foram levadas em consideração e contribuíram para a eficiência da aplicação dos precedentes.

2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Por todo o exposto neste capítulo, observou-se que o respeito aos precedentes não é um dever imposto por lei. Na verdade, a teoria dos precedentes desenvolveu-se por razões consequentialistas, em sua maioria, e pelas críticas recebidas ao longo do tempo.

Fato é que os benefícios trazidos pelo respeito aos precedentes não podem ser negados. Segurança, uniformidade do direito e igualdade nas decisões judiciais são apenas alguns direitos garantidos pela vinculação dos magistrados aos precedentes.

Essas razões vêm, paulatinamente, sendo percebidas pelo Judiciário brasileiro. Súmulas vinculantes, julgamento de recursos repetitivos e o julgamento de total improcedência em questões idênticas pelo juízo são apenas algumas das técnicas introduzidas no ordenamento jurídico para conferir maior relevância aos precedentes.

¹⁶⁷ Questiona-se, apenas para argumentar, qual seria a função das cláusulas pétreas estabelecidas pela Constituição da República de 1988. Se a segurança e a preservação de alguns direitos não fossem necessárias não haveria razão para se sustentar, em sede constitucional, a imutabilidade de direitos.

O problema, que merece ser reconhecido desde logo, é a aplicação de conceitos desenvolvidos especificamente para a *common law*, que tem como principal objetivo a solução do caso, para a tradição de *civil law*, cujo foco é a lei e sua interpretação.¹⁶⁸

Essa distinção exige que os juristas compatibilizem a teoria dos precedentes com a técnica de resolução de conflitos na tradição romano-germânica: a aplicação da lei ao caso. É insuficiente, portanto, que conceitos como o de *ratio decidendi* e *obiter dictum* transcritos e os juízes brasileiros sejam forçados a utilizá-los.¹⁶⁹ Esta prática é inviável e pouco produtiva.

O capítulo seguinte, portanto, buscará fontes para que a teoria dos precedentes possa ser utilizada no sistema brasileiro. Para tanto, serão brevemente expostas as noções de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Em seguida, realizar-se-á o exame de alguns sistemas de *civil law* que levam precedentes em consideração e a forma como isso é feito. Além desses países, tomar-se-á como exemplo o estado norte-americano da Louisiana, que possui tradição civilista de origem francesa, mas ao mesmo tempo é influenciado pela teoria dos precedentes.

Ao final, apresenta-se uma alternativa para compatibilizar a teoria dos precedentes com o sistema brasileiro.

¹⁶⁸ A respeito da distinção, ver CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.13.

¹⁶⁹ "The search for the ratio decidendi is largely a peculiarity of the judicial processes of England, Scotland, and those countries whose legal system derives from ours." (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.49).

CAPÍTULO 3

INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA A PARTIR DE PRECEDENTES

3.1 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

Conforme noticiado, a teoria dos precedentes possui dois conceitos fundamentais para a compreensão do modo como os precedentes são aplicados na *common law*: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Por meio desses dois conceitos os juristas da *common law* extraem a regra jurídica das decisões judiciais. Sua compreensão representa o próximo passo para que o respeito aos precedentes possa ser observado no Brasil.

Este item procura examinar os dois elementos. É importante notar, porém, que estes temas são amplamente debatidos pela filosofia do direito da *common law*. As opiniões ocupam extremos: enquanto alguns autores sustentam sua vital importância¹⁷⁰, outros afirmam que os conceitos são inúteis¹⁷¹, pela impossibilidade de identificá-los com precisão nas decisões.

Logo de início, aponta-se que as teorias que negam a existência da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* não contribuem para o desenvolvimento do raciocínio que se pretende apresentar, pois o propósito deste capítulo é procurar um modo de identificar quais os elementos das decisões devem ser respeitados.

Dada a grande produção literária a respeito da *ratio decidendi*, dar-se-á especial enfoque ao texto que originou toda a discussão e que se revela essencial para qualquer estudo que pretenda tratar do assunto: o ensaio de Arthur Lehman Goodhart.¹⁷²

Antes, porém, de trazer o raciocínio de Goodhart, os conceitos merecem uma breve apresentação. A *ratio decidendi* refere-se às premissas necessárias à decisão. Já os argumentos ditos de passagem, que não se revelam vitais para a manutenção do julgado, são denominados *obiter dicta*.

¹⁷⁰ Por exemplo, DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**.

¹⁷¹ Ver, dentre outros, STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v.22, p.597-620, nov. 1959.

¹⁷² GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

A definição de Roland Séroussi aproxima-se deste entendimento. Para o autor, a *ratio* "não é senão a regra jurisprudencial fundamental, o cerne da decisão"¹⁷³. Já os argumentos considerados *obiter dicta*, "embora não tenham caráter imperativo, permitem compreender a decisão graças às opiniões dadas pelos juízes 'incidentemente', na forma de digressões (*by the way*)"¹⁷⁴.

Essas rápidas definições são capazes, somente, de transmitir uma noção básica dos dois elementos. Além disso, a identificação do que é *ratio* e do que é *obiter* em uma decisão é muito mais difícil do que defini-las teoricamente. É por isso que o exame deve ser aprofundado.

Uma das primeiras tentativas de se estabelecer a distinção entre os dois elementos foi empreendida por Eugene Wambaugh.¹⁷⁵ De acordo com sua teoria, a *ratio decidendi* seria uma proposição em um julgamento que, caso tivesse seu sentido invertido, resultaria na alteração da decisão.¹⁷⁶

O erro de Wambaugh, porém, foi rapidamente identificado. Se um tribunal fundamenta sua decisão com dois argumentos distintos, ao se tomar qualquer um dos motivos e reverter seu significado o resultado da decisão não é alterado. Portanto, em todo caso que contiver duas razões independentes, o teste de Wambaugh indicará que as duas são, na verdade, *obiter dicta*, pois nenhuma delas é suficiente para, isoladamente, alterar o resultado da decisão.¹⁷⁷

¹⁷³ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**, p.34.

¹⁷⁴ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**, p.34.

¹⁷⁵ Além do texto original, a doutrina de Wambaugh é bem explicada em CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**, p.52 e segs.

¹⁷⁶ "The beginner can determine whether a given proposition of law is involved in a given case by first framing carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition." (WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown & Co, 1892).

¹⁷⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**, p.76-77.

Cerca de quarenta anos após o ensaio de Wambaugh, Arthur L. Goodhart publicou um verdadeiro divisor de águas: "*Determining the ratio decidendi of a case*"¹⁷⁸. Com Goodhart, o tema recebeu seu primeiro tratamento científico.

O raciocínio do professor de Oxford parte de uma citação de John Salmond, para quem o precedente é uma decisão judicial que contém um princípio. Este princípio, que tem força vinculante, é comumente chamado de *ratio decidendi*. Entre as partes, a força vinculante seria o dispositivo da decisão, mas para o Direito, esta *ratio* abstrata teria caráter de lei.

A princípio, então, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é uma opinião de um juiz e que esta opinião deve ter influenciado a solução de um caso particular. Caso contrário, qualquer informação oferecida pelo juiz seria *obiter dictum*. Até a publicação de Goodhart, este era todo o desenvolvimento da doutrina sobre o tema. O que se apresenta a seguir são as inovações publicadas em 1930.

O autor sustenta que nunca é fácil indicar quais foram os motivos que levaram o juiz a tomar determinada decisão. Afinal, a lógica dos argumentos e a análise dos fatos da decisão anterior podem ter sido feitas de forma incorreta. Mas, ainda assim, essa decisão formará um precedente, com um princípio vinculante, como se toda a fundamentação fosse correta. Goodhart, aliás, afirma que muitos dos casos que se tornaram vitais para o Direito foram examinados por maus juízes – e que ainda assim fizeram "bom" Direito.¹⁷⁹

De qualquer forma, o autor não apresenta essas considerações para questionar a validade e a autoridade do Direito. Ele o faz para determinar, em seguida, as regras para a identificação da *ratio decidendi* dos precedentes.

A primeira regra dispõe que as razões expostas pelo juiz não influenciam a *ratio decidendi*. Essa regra deriva justamente da preocupação de que a fundamentação do juiz pode derivar de erros de interpretação, ou mesmo de má-fé, como é a decisão de *Priestley v. Fowler*.

Tal caso deu origem à norma de que um empregado, no momento de sua contratação, concorda com a possibilidade de trabalhar junto com outros empregados

¹⁷⁸ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*.

¹⁷⁹ "*Paradoxical as it may sound, the law has frequently owed more to its weak judges than it has to its strong ones. A bad reason may often make good law.*" (GOODHART, Artur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, p.164).

negligentes. Por isso, qualquer dano que ele sofresse por descuido de um colega não seria responsabilidade de seu empregador. A argumentação desta decisão não tem nenhuma lógica, mas ainda assim era aplicada em casos similares, o que comprova a veracidade da primeira regra.

A segunda regra, por sua vez, sustenta que a *ratio decidendi* não se encontra na proposição de Direito do juiz, pois ela pode ser abrangente demais ou restritiva demais.

Dois exemplos podem ilustrar a proposição de Goodhart. Em um caso, a Corte entendeu que o herdeiro que causa a morte de seu testador não poderia receber a herança, pois ele não poderia se aproveitar de um dano a que deu causa. Esta posição, demasiadamente abrangente, precisou ser revista para melhor resolver casos nos quais o herdeiro não teve intenção de assassinar seu testador.¹⁸⁰

Outro exemplo, desta vez de regra (aplicação?) restritiva: afirmou-se que o empregador responde por atos ilícitos (no caso, fraude) de seus empregados se forem cometidos no curso do trabalho e em favor do empregador. Quarenta e cinco anos depois entendeu-se que a configuração de fraude independe do favorecimento do empregador.¹⁸¹

É preciso ressaltar que essas duas observações não foram feitas somente por Goodhart. Herman Oliphant, ao se debruçar sobre as mesmas questões¹⁸², entendeu que o papel do jurista era o de analisar somente os fatos descritos no relatório e a consequência jurídica imposta pelo juiz.

Em resposta a algumas considerações de Oliphant, Goodhart desenvolveu ainda mais sua teoria. Para ele, existia um grande defeito nas proposições de Oliphant, que considerava que os fatos podem ser levados totalmente em conta ao se estudar um precedente.

Ao discordar dessa afirmação, enunciou-se a terceira regra para determinar a *ratio decidendi* de uma decisão: o juiz é quem escolhe quais fatos são importantes para a resolução do caso. Isso quer dizer que nem todos os fatos apresentados em juízo são levados em consideração para a tomada da decisão.

¹⁸⁰ Ver *Riggs v. Palmer*.

¹⁸¹ Ver *Barwick v. English Joint Stock Bank* e *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*

¹⁸² OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v.14, 1928.

Quem interpreta o precedente deve, portanto, estudar como o juiz observou os fatos e as provas para então ver qual foi a decisão tomada. Sem isso, o sistema de precedentes não significaria nada.

A quarta regra complementa e auxilia na compreensão da terceira. Existem dois tipos de fatos: os materiais e os imateriais. Alguns fatos são tipicamente imateriais, pois decorrem da imparcialidade do Judiciário, como pessoa, lugar, tempo e valor.

Com exceção desses fatos, os demais podem ser materiais. A melhor forma de saber se eles foram ou não levados em consideração pelo juiz é pelo exame do relatório. Após identificar se o magistrado reporta-se ou não a um determinado fato, é preciso investigar se ele o considerou relevante ou não para a resolução da questão. Alguns deles são expressamente considerados imateriais, ou seja, declarados irrelevantes, para a solução do caso, mas esta não é a situação mais comum.

Na maioria das vezes, a questão da materialidade de um fato somente é discutida nos casos que examinam a decisão anterior como precedente. Tome-se o exemplo de *People v. Vandewater*¹⁸³, em que o réu foi acusado de "*public nuisance*" (incômodo público).

Dois fatos foram alegados: a) as pessoas que frequentavam o bar do réu incomodavam a vizinhança pelo barulho que faziam e pela condição na qual saíam do bar; e b) o bar era ilegal. O resultado do julgamento declarou que a ilegalidade do bar era o que causava a desordem. O barulho e o estado dos clientes foram considerados irrelevantes.¹⁸⁴

Outro caso utilizado por Goodhart para exemplificar sua teoria é *Rylands v. Fletcher*¹⁸⁵. Nele, o réu, Fletcher, contratou um empreiteiro para a construção de um reservatório de água na sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando-lhe prejuízos materiais e machucados.

¹⁸³ Para mais detalhes V. GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case.

¹⁸⁴ A decisão deixou de lado o estado com que os frequentadores do bar saíam de lá. Com isso, entendeu-se que a ilegalidade do bar era motivo suficiente para que se considerasse consumado o incômodo público.

¹⁸⁵ Para mais detalhes V. GOODHART, Artur L. Determining the ratio decidendi of a case.

Goodhart identificou, ao analisar o caso, os seguintes fatos: a) Fletcher construiu um reservatório de água em sua propriedade; b) o empreiteiro contratado agiu com negligência; c) a água escoou e causou danos a Rylands.

A decisão da corte foi a de que o réu era responsável pela indenização do autor. No entanto, considerou como fatos materiais somente a construção do reservatório e o dano causado, desprezando, assim, a negligência do empreiteiro. Com isso foi cunhada, nos Estados Unidos, a teoria da responsabilidade integral.¹⁸⁶

Essa decisão é importante para demonstrar que, mesmo na hipótese de haver um erro grave na interpretação fática do juiz, deve-se ter em mente que foi nesta representação da realidade que sua decisão se baseou. De acordo com os fatos eleitos como materiais, a decisão não pode ser considerada incorreta. Com isso, Goodhart encerra sua explicação do que seria a *ratio decidendi*: a regra jurídica definida pelo juiz para decidir o caso da forma como ele o observou, ou seja, de acordo com os fatos considerados materiais.

Ao final de seu artigo, Goodhart ainda afirma que *obiter dicta* seriam as conclusões baseadas em fatos hipotéticos, entendidos como qualquer situação cuja existência não seja aceita pelo juiz. Esta ideia foi denominada por outros autores como uma argumentação "de passagem".

Goodhart não faz qualquer menção à interpretação de leis. Sua fundamentação é integralmente baseada na apreciação de fatos pelo juiz e nas regras criadas pelo próprio julgador. Por essa razão, o método de identificação de *ratio decidendi* cunhado pela *common law* não se revela compatível com a tradição civilista. O juiz de um sistema romano-germânico não pode buscar a solução dos litígios apenas nos fatos. Sua principal referência deve ser a lei.

Essa constatação impõe uma interrupção na pesquisa. Se o método para a identificação de *ratio decidendi* e *obiter dictum* tem como critérios a busca por fatos e a solução direta de casos, esta discussão pouco contribui para a *civil law*. É preciso buscar outra visão para o tema que contemple a interpretação legislativa.

Nesse sentido, a mais recente contribuição de Frederick Schauer tem grande relevância.

¹⁸⁶ No original, "*absolute liability*".

3.2 O PRECEDENTE COMO PARÂMETRO DE ORIENTAÇÃO À INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

As obras destinadas ao exame da teoria dos precedentes voltam-se aos países do *common law*. A obra de Frederick Schauer não é diferente.¹⁸⁷ No entanto, o autor chegou a conclusões que permitem, de forma mais simples, a aproximação desses elementos com os países da *civil law*.

Ao iniciar sua exposição sobre como identificar um precedente, o autor afirma que é muito fácil dizer que um juiz deve seguir as decisões anteriores – seja pela força horizontal ou vertical do precedente¹⁸⁸, mas que raramente essa facilidade é encontrada ao tentar se identificar o que conta como uma decisão passada.

Comumente, não fica claro quais casos contam como precedentes e, ainda mais importante, é muito raro saber como estes casos serão aplicados na questão que se coloca diante dos tribunais. Esta tarefa é complexa por um motivo principal: não existem dois eventos exatamente iguais. A tarefa da identificação do precedente compreende, em primeiro lugar, a constatação de que há, de fato, similaridade entre os casos, pois somente com isso a corte terá a obrigação de seguir o precedente.

No entanto, argumenta Schauer, o caminho da similitude entre casos possui inúmeras falhas e pode levar a reflexões bastante incompletas. É preciso procurar algo a mais que permita dizer quanto e como um caso anterior será realmente um precedente para o caso em análise. É esse algo a mais que costuma ser denominado *ratio decidendi*, que dirá não só o *que* foi decidido, como também *por que* se decidiu daquela maneira.

Uma possibilidade é observar os fatos descritos pelo precedente e levá-los em consideração em conjunto com a decisão tomada pelo tribunal. Trata-se, justamente, da teoria de Goodhart. Ocorre que, para Schauer, esse raciocínio pouco ajuda.

¹⁸⁷ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer...**

¹⁸⁸ Para Schauer, o *stare decisis* representa o dever de um tribunal seguir seus próprios precedentes, o que também é denominado força horizontal. Por outro lado, existe a obrigatoriedade dos juízes vinculados a um tribunal superior de respeitar suas decisões, o que para Schauer recebe o nome de força vertical do precedente.

Explica-se: a identificação de fatos não especifica o nível de abstração ou o nível de generalidade com que estes fatos devem ser compreendidos. Sem esse fator adicional é impossível saber a razão pela qual o tribunal decidiu daquela forma.¹⁸⁹

Na verdade, um fato se torna material se uma regra jurídica o torna relevante. É uma regra jurídica que define quando duas situações são similares e é uma regra que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal.

Vale dizer,

se uma lei diz que as propriedades *p*, *q* e *r* são materiais, e se o caso precedente exhibe estas propriedades, então a busca pelas propriedades no caso em análise é uma busca pelas propriedades que a lei, e não o precedente, tornaram juridicamente relevante.¹⁹⁰

Se há uma regra externa ao precedente que determina a materialidade dos fatos, é esta regra, e não o precedente, que carrega a força vinculante.¹⁹¹ Ainda, se a determinação de materialidade não decorre de uma regra jurídica, a vinculação obrigatória do precedente nada mais é do que ilusória, pois não há barreira para que o tribunal julgador do caso atual procure semelhanças com um caso anterior.¹⁹²

Diga-se, ainda, que dois eventos ou situações fáticas podem ser semelhantes em alguns aspectos e diferir em outros. Sendo assim, a resposta de que o próprio precedente determina as semelhanças relevantes não é uma resposta verdadeira.

¹⁸⁹ Em outras palavras, Schauer não acredita que é possível identificar, pela decisão, quais fatos foram levados em consideração pelo juízo para a tomada de decisão. Mais do que isso, ainda que alguns fatos sejam manifestamente materiais, não é possível saber quais tiveram maior peso para que a decisão fosse proferida.

¹⁹⁰ *"That is, if a statute says that properties *p*, *q* and *r* are material, and if the precedent case exhibits those properties, then the search for those properties in the instant case is a search for the properties that the statute and not the precedent case have made legally relevant."* (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.52).

¹⁹¹ *"If the standard for materiality comes from outside the precedent case – a statute, for example, then the struture is doing the work and we do not have an example of precedential constraint at all."* (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**..., p.52).

¹⁹² A reflexão de Schauer, aqui, claramente não leva em consideração valores como a previsibilidade e a igualdade. Sua intenção é levar o raciocínio ao extremo, para demonstrar como funciona o sistema de precedentes.

Tais constatações, porém, não devem levar o leitor à desistência do sistema de precedentes. Isto porque, na maioria dos casos, as cortes não só apresentam a descrição fática e aplicam uma solução ao litígio, como também dizem as razões pelas quais se chegou àquela conclusão. Ou seja, a partir de fatos considerados pela lei como materiais, é possível identificar o entendimento do tribunal a respeito daquela matéria.

Partindo das considerações do autor, é possível, portanto, elaborar uma justificativa para a *ratio decidendi*: é a partir dela, ou seja, da explicitação dos fatos e das soluções jurídicas dos casos, que os juízes conferem materialidade às leis.

Ora, se para Schauer os fatos relevantes são aqueles dotados de relevância jurídica conferida a eles pela lei, o papel do juiz do *common law* não é diferente do que se tem no Brasil. Afinal, o magistrado brasileiro deve, justamente, identificar os fatos relevantes alegados pelas partes e, a partir deles, solucionar o caso aplicando a norma prevista em lei.

A diferença é que no sistema anglo-saxônico os juízes procuram manter uma unidade entre as suas decisões. Tamanha é essa preocupação que conceberam um instituto de complexidade exagerada.

Nesse sentido, não parece necessário aos membros do Poder Judiciário brasileiro que se debrucem sobre os textos norte-americanos a respeito do assunto. Basta que se convençam de sua função e de sua posição dentro de um sistema de aplicação e distribuição de justiça e que exerçam seu trabalho tendo em mente a igualdade e a necessidade de se conferir estabilidade e previsibilidade às decisões. Assim, o trabalho com os precedentes torna-se mais simples.

Portanto, caberá ao magistrado examinar os fatos juridicamente relevantes e aplicar o Direito de acordo com seus pares e respeitando as decisões anteriores acerca do tema. É desnecessário maior esforço para a identificação da *ratio decidendi* das decisões nacionais. Basta boa vontade e a consciência de que a justiça das decisões não está na casuística, mas na aplicação de um mesmo Direito para todo o jurisdicionado.

A conclusão acima exposta não é uma construção isolada de Frederick Schauer. Muitos juristas da *common law* notaram que ao interpretar a lei o precedente não cria uma regra nova, mas confere maior especificidade à legislação.

Aproxima-se dessa tese a opinião de Benjamin Cardozo. Apesar de mais extremado, o *Justice* afirmava que os costumes e as leis não eram propriamente direito, pois os tribunais deveriam aplicá-los para que tivessem efetividade.¹⁹³

A opinião de Kenneth Vandeveld, menos radical, confirma a tese de Schauer ao reconhecer que o precedente é uma norma de direito com nível mais baixo de generalidade. Em outras palavras, é uma norma de direito combinada com os fatos de um caso específico.¹⁹⁴

Teoricamente, portanto, é possível utilizar precedentes para dar materialidade às leis, assim contribuindo para o desenvolvimento do Direito mas, ao mesmo tempo, garantindo uniformidade, previsibilidade, coerência e igualdade nas decisões. Resta saber, porém, se tudo o que se defendeu é viável na prática.

Por essa razão, o próximo item analisa a relação entre interpretação legislativa e o respeito aos precedentes em diversos países da *civil law*.

3.3 PRECEDENTES NA CIVIL LAW

Durante a década de 1980 formou-se um grupo de juristas e filósofos com o objetivo de estudar os métodos de interpretação das leis nos mais diversos países. Inicialmente chamado de "*The Comparative Statutory Interpretation Group*", o nome foi alterado para "*Bielefelder Kreis*"¹⁹⁵. O objetivo desses juristas era comparar ideias acerca da interpretação do Direito. Os artífices da primeira reunião foram Robert Summers, Aleksander Peczenik e Enrico Pattaro.¹⁹⁶

¹⁹³ "*Customs, no matter how firmly established, are not law, they say, until adopted by the courts. Even statutes are not law because the courts must fix their meaning.*" (CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**, p.125).

¹⁹⁴ "um considerando é essencialmente uma norma de direito estabelecida em um nível mais baixo de generalidade; é, em suma, uma norma de direito repensada nos termos dos fatos de um caso particular." (VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**, p.39).

¹⁹⁵ Círculo de Bielefeld.

¹⁹⁶ MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.xi.

Após um série de reuniões, os juristas elaboraram uma espécie de questionário que deveria ser respondido acerca da interpretação legislativa em cada um dos países representados no círculo. Daí foram publicados nove estudos: Argentina, Alemanha, Finlândia, França, Itália, Polônia, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos da América. Observe-se que sete dos nove países seguem a tradição da *civil law*.

Cada artigo publicado na obra organizada pelo *Bielefelder Kreis* tem uma grande quantidade de informações. O objetivo deste item, porém, restringe-se a um tópico específico, que examina quais elementos são obrigatórios na interpretação das leis e das lacunas legislativas. Dentro dessa classificação, quatro ordens de importância foram atribuídas aos possíveis critérios interpretativos: os obrigatórios, os que deveriam ser observados, os que podem ser levados em conta e aqueles que não podem ser utilizados.¹⁹⁷

O artigo que abre a obra coletiva refere-se à interpretação das leis na Argentina.¹⁹⁸ Nele, tem-se a primeira surpresa: os precedentes, denominados pelo autor de interpretações judiciais são verdadeiras fontes obrigatórias, apesar de a Argentina não ter um sistema fundado em precedentes. A razão exposta pelo autor é a hierárquica, pois uma decisão contrária ao entendimento da Suprema Corte certamente será reformada.¹⁹⁹ Ainda sobre a Argentina, Mario Kaminker²⁰⁰ adverte que a "Ley Nacional Electoral" confere efeitos vinculantes às decisões da Câmara eleitora.

Prosseguindo, o artigo seguinte refere-se à República alemã. De acordo com Robert Alexy e Ralf Dreier, na Alemanha somente a lei e os fatos devem ser obrigatoriamente considerados pelos juízes. Apesar disso, os precedentes ocupam a posição de materiais que deveriam ser observados em todos os casos. Ao lado

¹⁹⁷ *Must, should, may e may not*, respectivamente.

¹⁹⁸ ZULETA-PUCEIRO, Enrique. Statutory Interpretation in Argentina. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.29-71.

¹⁹⁹ "Prior judicial interpretations or precedents are really a 'must-sources', despite the fact that Argentina does not have a precedent-based system. Judicial decisions are decisive materials not because of their grounds but because of formal authority. A given judicial interpretation could hardly be maintained against a Supreme Court decision explicitly devoted to the matter under discussion." (ZULETA-PUCEIRO, Enrique. Statutory Interpretation in Argentina, p.49).

²⁰⁰ KAMINKER, Mario E. Las Cortes Supremas, el precedente y la comunidad. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coord.). **El papel de los tribunales superiores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p.227.

deles, os autores indicam apenas as opiniões doutrinárias pacificadas e os documentos que transcrevem a intenção do legislador.²⁰¹

Aulis Aarnio foi responsável pela análise da interpretação das leis na Finlândia.²⁰² Para ele, somente dois tipos de argumentos podem ser inseridos na categoria de critérios que devem ser utilizados: a história legislativa e os precedentes. Acrescenta o autor que a expressão "deveria" significa que, se os argumentos desta classe não são utilizados, a probabilidade da decisão ser reformada em grau superior é extremamente alta.²⁰³

Mais do que isso, ao tratar do papel da Suprema Corte finlandesa, Aarnio sustenta que o tribunal fortaleceu sua posição como uma corte de precedentes. Atualmente, suas decisões têm um efeito de guia para os outros juízes.²⁰⁴

A França é o único país que não adota precedentes como um critério relevante para a interpretação das leis.²⁰⁵ Essa resposta, na verdade, já era esperada, uma vez que é o país onde a tradição de prevalência da legislação é mais forte.

Com relação à Itália, os professores Massimo La Torre, Enrico Pattaro e Michele Taruffo afirmam que os precedentes são amplamente utilizados, embora

²⁰¹ *"In the German legal system there are three kinds of 'should-material': precedents, generally accepted legal dogmatic opinions and documents concerning the intention of the law-maker."* (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.92).

²⁰² AARNIO, Aulis. *Statutory interpretation in Finland*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.123-170.

²⁰³ *"Two arguments belong to this category; legislative history (the travaux préparatoires) and precedents. The 'should' property of the argument means that, if an argument of this category has not been used, the probability that the decision will be overturned by a higher instance is relatively high."* (AARNIO, Aulis. *Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany*, p.145).

²⁰⁴ *"The Supreme Court, in turn, has strengthened its position as a court of precedent."* (AARNIO, Aulis. *Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany*, p.161).

²⁰⁵ *"The citation of prior judicial interpretations by a court of the same degree, though not forbidden, is extremely rare and never used as the only or even as the main reason for an interpretation. The reason is that courts not only are not bound by precedent, but, further, that a decision grounded only on a precedent would be considered illegal, because it would substitute the authority of the courts for that of the statute."* (TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. *Statutory Interpretation in France*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.188).

não exista uma técnica específica para tanto.²⁰⁶ A mesma situação é observada na Polônia²⁰⁷ e na Suécia²⁰⁸.

Dispensa-se referência aos artigos que tratam do Reino Unido e dos Estados Unidos, já que o respeito aos precedentes nesses países já foi discutido no trabalho. Fato é que de todos os países examinados somente um não utiliza as decisões anteriores para interpretar as leis.

Diante disso, Robert Summers e Michele Taruffo, ao desenvolver um estudo comparado entre as diversas análises apresentadas, incluem os precedentes no núcleo comum²⁰⁹ de argumentos empregados na interpretação legislativa.

Ao tratar desse tema, os autores afirmam que o argumento do precedente é tão influente nos sistemas codificados quanto nos Estados Unidos e no Reino Unido. Destacam, inclusive, que as interpretações acerca de uma determinada lei podem até mesmo passar a fazer parte da regra.²¹⁰

Essa observação, porém, não é a mais relevante do estudo comparado empregado por Summers e Taruffo. Ao retomar o tema dos precedentes, os autores lembram que a única exceção no respeito às decisões é a França. No entanto, alegam que a Corte de Cassação francesa não cita os precedentes, mas reconhecidamente existem inúmeros artigos do *Code*, por exemplo, cujo significado foi fixado pela jurisprudência há mais de um século e não sofreu mudanças.

²⁰⁶ *"Precedents should be used, and actually they are referred to very frequently, though in Italy there is no system of legally binding precedents. Very often they are the main or the only basis for the interpretation of a statute. In most cases, precedents are judgments of the supreme court."* (LA TORRE, Massimo; PATTARO, Enrico. TARUFFO, Michele. Statutory interpretation in Italy. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.227).

²⁰⁷ *"Prior judicial interpretations are extensively used as arguments supporting decisions. Widely used are arguments referring to well established lines of precedents."* (WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory interpretation in Poland. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.279).

²⁰⁸ *"Precedents deserve much attention. Although not binding, they are regularly followed by Swedish courts."* (PECZENIK, Aleksander; BERGHOLZ, Gunnar. Statutory interpretation in Sweden. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.322).

²⁰⁹ *"Common core"*. (V. SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.464).

²¹⁰ *"...a binding prior interpretation even becomes 'part of the statute'."* (SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis, p.467).

Na França, o que ocorre é uma crença em que as leis se aplicam e justificam por si mesmas, pelo que o juiz não precisa fundamentar além do texto da própria regra.²¹¹ No entanto, não citar é muito diferente de não utilizar os precedentes.

Vê-se, assim, que o respeito aos precedentes é uma prática adotada por todos os países, ainda que a França não reconheça expressamente esta realidade. Mais do que isso, os países de *civil law* foram capazes de adaptar a teoria dos precedentes para respeitar a sua própria tradição, que é a interpretação das leis. Em nenhum momento, porém, o ordenamento jurídico dessas nações foi prejudicado ou deixou de ser eficaz. Pelo contrário, muitos dos países examinados acima servem como influência para o Direito brasileiro em diversos ramos.

Itália e Alemanha, por exemplo, podem servir ao menos como um exemplo de países que priorizam a interpretação da lei, mas não deixam de lado o valor dos precedentes. Por sua vez, em nenhum momento a Argentina prega a eficácia vinculante dos precedentes, mas o respeito às decisões da Suprema Corte faz com que os juízes decidam no mesmo sentido.

Pior, nem mesmo a França passa incólume pelo recurso a precedentes ao interpretar suas leis. Apesar de não reconhecer este fato, muitas das regras que regem o Estado Francês têm forte ligação com a jurisprudência.

Resta apenas o Brasil reconhecer que a teoria dos precedentes pode contribuir para o Judiciário. As vantagens são muitas e pouco se perde ao se respeitar as decisões. É, portanto, viável manter a tradição da *civil law*, aplicando a lei (escrita/codificada) aos casos, mas ainda assim cultivar uma cultura precedentalista. Esta prática pode ser atingida a se seguir a tese de Schauer, no sentido de que o precedente, ao interpretar uma lei, confere-lhe materialidade.

Assim, a lei perde o ser caráter geral e abstrato e passa a tomar forma como um instrumento eficaz para a solução dos problemas da sociedade. Ao mesmo tempo, ao se admitir que os precedentes moldam o direito, preservam-se a uniformidade do sistema e a igualdade das decisões diante do jurisdicionado.

²¹¹ "The French Cour de Cassation generally does not cite precedent. Yet there is a very large number of articles of the Code Civil whose basic meaning was settled a century ago and which have been accepted ever since." (SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis, p.487).

Caso todas essas razões sejam insuficientes para demonstrar a possibilidade de trabalhar com precedentes sem recorrer a todos os elementos da *common law*, há ainda uma última questão a ser examinada. Tem-se notícia de um estado nos Estados Unidos da América cuja tradição jurídica é de *civil law*. No entanto, os tribunais desse estado estão sujeitos aos precedentes da Suprema Corte. O próximo tópico examinará a estrutura jurídica da Louisiana.

3.4 COMMON LAW E CIVIL LAW EM HARMONIA: O ESTADO DA LOUISIANA

A história do direito da Luisiana é muito rica, com origem francesa, espanhola e romano-germânica. Colonizada pelos franceses, foi comprada pelos Estados Unidos em 1803.²¹² As tentativas de instaurar um sistema de *common law* não tiveram o êxito esperado, mas produziram alguns efeitos. Isso acabou por produzir um sistema em que o direito privado é semelhante ao direito civil europeu²¹³, enquanto o direito público é baseado no modelo americano.

Por mais de duzentos anos o Direito da Luisiana se desenvolveu em meio a duas inspirações. Os juristas do estado costumavam estudar a doutrina francesa e espanhola, cuja preocupação central sempre foi a interpretação legislativa. Ainda assim, a força da *common law* e dos precedentes permeou o sistema. Daí resultou um sistema jurídico que mescla os benefícios das duas tradições: o direito posto, legislado, e o respeito pelos precedentes.²¹⁴

²¹² ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, 2005.

²¹³ O Código Civil da Luisiana é inspirado no *Code Civile*.

²¹⁴ "The Louisiana legal system is rooted in enacted law, at least a portion of which is written in general terms. n8 This strong foundation of law provides a solid base from which courts work to decide cases. This foundation is enhanced by a strong respect for precedent, especially for the decisions of the Louisiana Supreme Court, but also a responsibility to independently examine the interpretation of enacted law and the power to reject precedent when it is erroneous." (ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent..., p.777.

Diante disso, uma breve exposição das fontes do direito em Luisiana será realizada a seguir, o que demonstrará como as duas tradições podem coexistir em harmonia.

Mary Garvey Algero sustenta que os precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras.²¹⁵ Não se trata apenas de decisões jurídicas. A definição aplica-se a qualquer tarefa a ser realizada pelo homem, na busca pela consistência e, conseqüentemente, na justiça de suas ações. Estas razões também são aplicáveis no âmbito jurídico, qualquer que seja a tradição jurídica.

Após estas considerações, a autora deixa bastante clara a forma como operam as fontes do Direito. A fonte principal é a legislação²¹⁶, mas há uma exceção: as decisões da Suprema Corte de Luisiana são vinculantes sobre os tribunais inferiores.²¹⁷

De qualquer modo, a regra é a de que os precedentes não são fonte primária do Direito. Não há reconhecimento da regra do *stare decisis*. No entanto, na prática as decisões dos tribunais são sempre consideradas, com efeito persuasivo, ao menos.

Ao explicar como um tribunal deveria interpretar e aplicar o direito da Luisiana em um caso em que dois artigos do Código Civil estavam em jogo, a Suprema Corte estadual sustentou que o juiz ou tribunal deveria observar, primeiramente, o Código e as demais fontes normativas diretamente aplicáveis. Se uma resposta satisfatória não for alcançada, admite-se o exame de decisões para solucionar o caso.

Mais do que isso, a possibilidade de reforma das decisões pelos tribunais superiores também incentiva os magistrados a seguir os precedentes. Os juízes sabem disso e os advogados também. Em razão disso, as alegações das partes costumam

²¹⁵ "Precedents are prior decisions that function as models for later decisions." (ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent...*, p.780).

²¹⁶ Além da legislação, são fontes primárias do direito na Luisiana o costume e a equidade.

²¹⁷ "As a legal system that has been influenced by the systems discussed above, the Louisiana legal system has developed in a way that most closely resembles the civil law jurisdictions when it comes to the sources of law and the value of precedent with one exception-the express judicial recognition that Louisiana Supreme Court decisions are binding on the lower courts." (ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent...*, p.782).

fazer referência expressa a casos já decididos, o que possui efeito bastante persuasivo.²¹⁸ Mary Algero chama esta prática de "respeito sistêmico pela jurisprudência"²¹⁹.

Essas questões contribuíram para que o estado da Louisiana continuasse verdadeiro às suas origens da *civil law*. O estado possui ampla produção legislativa, mas ao mesmo tempo leva em consideração as interpretações anteriores do Direito com valor reconhecido pelos tribunais superiores.

O direito da Louisiana, portanto, foi capaz de conciliar justamente o que se propõe para o Brasil. Não se trata de substituir as leis pelos precedentes judiciais, o que é inviável em um país de tradição civilista. O que não pode ocorrer é uma completa negação da teoria.

Impedir o respeito aos precedentes é insistir na possibilidade de que cada juiz tome a decisão que bem entender, o que tem ocorrido no sistema brasileiro. Ao se manter a afirmação de que cada juiz possui independência e total liberdade para conhecer e aplicar o direito nos casos concretos, incentivam-se a incerteza e a insegurança.

É preciso observar os exemplos que cercam o direito brasileiro e reconhecer, de uma vez por todas, que existem direitos mais relevantes que a autonomia dos magistrados. Os primeiros passos para isso já foram dados.²²⁰ A instituição das súmulas vinculantes é o exemplo mais claro. No entanto, a edição de súmulas incorre em um erro substancial, que merece ser examinado brevemente antes da conclusão deste trabalho.

²¹⁸ "Likewise, attorneys and litigants are aware that courts tend to decide cases consistently with their own decisions and the decisions of the courts to which their decisions are appealable. Thus, although legal decisions are not a source of law, they frequently are persuasive to Louisiana courts and other courts interpreting Louisiana law." (ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent...*, p.785).

²¹⁹ Tradução livre de *systemic respect for jurisprudence*.

²²⁰ "Tudo isso significa que o ordenamento jurídico brasileiro já estava atribuindo aos precedentes peso cada vez maior, e pouco faltava para chegar-se a conferir-lhes eficácia vinculativa." (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coord.). **El papel de los tribunales superiores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p.564-565).

3.5 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO

As súmulas, sejam elas vinculantes ou não, são a principal forma dos tribunais superiores brasileiros editarem regras que se aproximam da função dos precedentes: nos casos em que a súmula não é vinculante, dispensa-se o magistrado de fundamentar a decisão.

Já a súmula vinculante obriga os órgãos inferiores ao Supremo Tribunal Federal a decidir de acordo com o preceito. Claramente, trata-se da busca de um instituto que procura implementar a força dos precedentes no Brasil.

No entanto, as súmulas padecem de um grave vício, se examinadas à luz da teoria dos precedentes e da regra da *ratio decidendi*. Como se demonstrou, qualquer que seja a definição de *ratio* adotada, um elemento estará sempre presente na discussão: fato.

É a interpretação dos fatos que nutre toda a discussão a respeito do tema na *common law*. É sobre a possibilidade de constatar ou não os fatos considerados relevantes em uma decisão que os autores norte-americanos até hoje debatem se é possível ou não encontrar a *ratio decidendi* de uma decisão.

Além disso, só haverá *obiter dictum* se, ao proferir a decisão, o magistrado fizer referência a um caso hipotético e, por isso, desnecessário para o deslinde da causa.

Para que a lei seja devidamente aplicada de acordo com os precedentes, é vital que as circunstâncias fáticas do caso sejam expostas pelo magistrado em sua fundamentação.²²¹ Sem isso, as decisões judiciais geram mais insegurança, pois as partes não têm como prever se a lei e o entendimento do tribunal são aplicáveis à questão colocada diante do Judiciário.

Essa questão, porém, pode ser corrigida a tempo no Brasil. Ao editar as súmulas os tribunais superiores fazem referência aos julgamentos que orientaram a

²²¹ "But I hope the process described in this essay is recognizable as dealing Just as much with fact determination or categorization as with rule-making." (LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago Press, 1949. p.vi).

edição do enunciado.²²² Com base nos julgamentos é possível conferir materialidade à lei mesmo por meio das súmulas.

Assim, é possível concluir que o respeito aos precedentes contribui para o enriquecimento do ordenamento jurídico ao orientar a aplicação das leis, o que produz uma série de consequências positivas para o sistema. Reconhecida a necessidade de se respeitar precedentes, é possível até mesmo afirmar que esta prática deve ser tornar obrigatória no Brasil.²²³

Essa decisão, porém, deverá ser tomada pelo Poder Legislativo.²²⁴ O que deve ser apontado é que, mesmo sem a edição de lei que obrigue o respeito aos precedentes, os magistrados devem reconhecer que esta medida não é uma punição ou uma *capitis deminutio*. Ao respeitar as decisões, a quantidade de trabalho do Judiciário tende a diminuir, ao mesmo tempo em que o respeito ao órgão certamente aumentará.

²²² Uma extensa compilação das súmulas acompanhadas pelos julgamentos que precederam a edição dos enunciados pode ser encontrada em MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**.

²²⁴ "Legislatures and courts are cooperative law-making bodies. It is important to know where the responsibility lies." (LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**, p.32).

CONCLUSÕES

As conclusões do presente trabalho foram, em sua grande maioria, expostas ao longo do texto. Por essa razão, este item tem o objetivo de sistematizar as informações dispersas nos três capítulos.

Constatou-se, no primeiro capítulo, que a *civil law* passou por intensas modificações. Os códigos atuais admitem interpretação, existem microssistemas jurídicos e cláusulas gerais abertas que dão ao juiz um poder antes desconhecido da tradição romano-germânica, pois em sua gênese a função do magistrado era a simples aplicação da lei posta. O ápice das alterações é a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, que lhes permite negar vigência à lei incompatível com a Constituição.

Após essas observações, o foco de análise transferiu-se para a *common law*. Já em suas origens históricas constatou-se que a tradição anglo-saxã não conhecia, em sua gênese, a técnica dos precedentes. Daí se conclui que a regra do *stare decisis* não é um elemento particular da *common law*, mas um produto desenvolvido para proporcionar coerência, congruência e igualdade nas decisões judiciais, por meio do enriquecimento do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo as razões para utilizar precedentes foram aprofundadas. Observou-se que não existe, nem mesmo nos Estados Unidos da América, uma regra que imponha aos juízes que sigam os precedentes dos tribunais superiores. O grande número de justificativas, porém, encontra-se na ordem consequencialista.

Por meio dessas questões demonstrou-se que o respeito a precedentes propicia economia processual, duração razoável do processo e maior legitimidade do Poder Judiciário. O *stare decisis* também contribui para que a instrução probatória seja feita com o devido cuidado. Além disso, garante a uniformidade das decisões judiciais, a previsibilidade, a orientação da Administração Pública e a igualdade. Por fim, os precedentes implicam o desestímulo à litigância, o favorecimento de acordos justos e conferem ao juiz maior responsabilidade ao decidir.

A fim de afastar as críticas ao *stare decisis*, concluiu-se que o respeito aos precedentes não limita por completo a independência do juiz. Outra crítica afastada foi a de que a desobediência judicial é interessante para promover a reforma do Direito. Trata-se de conclusão equivocada, já que ao desafiar as decisões dos

tribunais superiores os magistrados não têm qualquer garantia de que atingirão sucesso em sua empreitada. Diante disso, demonstrou-se que a melhor opção é a concordância crítica.

Ao final do segundo capítulo foi possível observar que o respeito aos precedentes não provoca um total engessamento do sistema. Pelo contrário, as situações de injustiça e de novas realidades são deixadas em aberto pela teoria dos precedentes. A rigidez conferida nos demais casos, porém, não é prejudicial, mas sim desejável, pois as relações jurídicas precisam de segurança para se desenvolver.

O terceiro capítulo revelou que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* travada na *common law* não é diretamente aplicável na tradição romano-germânica, pois as regras do direito anglo-saxão têm como principal objetivo resolver o conflito. Enquanto isso, a principal premissa da *civil law* é a aplicação da lei.

Diante dessa constatação apresentou-se a teoria de Frederick Schauer, para quem os precedentes têm a função de conferir materialidade a um preceito normativo. Assim, é possível conceber um sistema cujo elemento central do Direito é a lei, mas nem por isso deixa de respeitar os precedentes. Com a tese de Schauer, as leis se desenvolvem por meio das decisões judiciais, mas não deixam de ser o centro do ordenamento.

A viabilidade de compatibilização entre a *civil law* e o *stare decisis* foi comprovada por meio do exame de oito sistemas jurídicos. Sete países de tradição civilista reconheceram, em maior ou menor escala, que recorrem aos precedentes para tomar decisões. O oitavo exemplo, do estado da Luisiana, por fim, demonstrou que é possível ter um sistema codificado em harmonia com o respeito aos precedentes até mesmo nos Estados Unidos da América.

Ao final deste trabalho, uma breve crítica às súmulas do Direito brasileiro foi formulada, sem a pretensão de abarcar todo o tema. Limitou-se a afirmar que o método escolhido pelos tribunais para dar efeitos às suas decisões não foi o mais adequado, pois o enunciado sumular deixa de fora os fatos que levaram o tribunal a tomar determinada decisão. Essa deficiência pode ser superada ao se identificar os julgamentos que deram origem à súmula.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Statutory interpretation in Finland. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.123-170.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991. v.1.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.73-122.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005.

AMAR, Akhil Reed. A Neo-Federalist View of Article III: Separating the Two Tiers of Federal Jurisdiction. **Faculty Scholarship Series**, Paper 1019. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1019>. Acesso em: 15 dez. 2010.

APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A recente reforma da Constituição brasileira e o Supremo Tribunal Federal. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coord.). **El papel de los tribunales superiores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p.555-569.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALABRESI, Steven G.; RHODES, Kevin H. The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary. **Harvard Law Review**, v.105, n.6, p.1153-1216, Apr. 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1341727>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? **Stanford Law Review**, Stanford, v.46, n.4, p.817-873, abr. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. reimpressa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

CLÈVE, Cèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COKE, Edward. **Dr. Bonham's Case**. Court of Common Pleas, 1610. Disponível em: <http://www.constitution.org/trials/bonham/dr_bonham%27s_case.htm>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DODGE, William S. Congressional Control of Supreme Court Appellate Jurisdiction: Why the Original Jurisdiction Clause Suggests an "Essential Role". **Yale Law Journal**, v.100, n.4, p.1013-1032, Jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/796714>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FEINMAN, Jay M. **Law 101**. 2.ed. New York: Oxford University Press, 2006.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELANDER, Ailton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3.ed. New York: Simon & Schuster, 2005.

GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROTE, Rainer. **Rule of law, État de Droit and Rechtsstaat: the origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments**. Disponível em: <www.eur.nl/frg/iac/papers/grote.html>. Acesso em: 15 dez. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Frank Michelman and 'Democracy vs. Constitutionalism'**, 1999.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

HOGUE, Arthur R. **Origins of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1985.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little, Brown, 1881.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4.ed. Milão: Giuffrè, 1999.

KAMINKER, Mario E. Las Cortes Supremas, el precedente y la comunidad. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coord.). **El papel de los tribunales superiores**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p.213-280.

LA TORRE, Massimo; PATTARO, Enrico. TARUFFO, Michele. Statutory interpretation in Italy. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.213-256.

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renee Lettow; SMITH, Bruce P. **History of The Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions**. Illinois: Aspen Publishers, 2009.

LAWSON, Gary. The constitutional case against precedent. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge, n.17, 1994.

LEVI, Edward H. **An introduction to legal reasoning**. Chicago: University of Chicago Press, 1949.

LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how We The People can correct it)**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v.66, jan. 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

NALIN, Paulo R. R. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional)**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NELSON, William Edward. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. Lawrence: University Press of Congress, 2000.

OLIPHANT, Herman. A Return to Stare Decisis. **American Bar Association Journal**, v.14, 1928.

PAULSEN, Michael Stokes. Accusing Justice: Some Variations on the Themes of Robert M. Cover's "Justice Accused". **Journal of Law and Religion**, Saint Paul, v.7, n.1, p.33-97, 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1051192>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

PECZENIK, Aleksander; BERGHOLZ, Gunnar. Statutory interpretation in Sweden. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.311-358.

PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the Common Law**. Indianapolis: Liberty Fund Ind., 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, [s.d.].

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SCHAUER, Frederick. The Supreme Court. **Harvard Law Review**, v.120, n.4, p.5-64, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2006.

SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v.26, Summer 2003.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Portland: Hart Publishing, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v.22, p.597-620, nov. 1959.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**: a comparative study. Brookfield: Ashgate Publishing, 1997. p. 355-406.

SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.461-510.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe; GARDIES, Jean-Louis. Statutory Interpretation in France. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.171-212.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. Boston: Little, Brown & Co, 1892.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Statutory interpretation in Poland. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.257-310.

XAVIER, Marília Pedrosa; PUGLIESE, William Soares. A teoria da análise econômica do direito revisitada a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. **I Simpósio de Direito e Economia do Paraná**, v.1, p.1-25, 2010.

XAVIER, Marília Pedrosa; PUGLIESE, William Soares. Análise crítica da técnica utilizada para sustentar argumentos econômicos no acórdão 407.688 da penhorabilidade do bem de família do fiador. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

ZULETA-PUCEIRO, Enrique. Statutory Interpretation in Argentina. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes**: a comparative study. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.29-71.